

KAMU HİZMETİ

(Kavram ve Hukuksal Rejim)



Dr. Onur Karahanoğulları

İnternet Paylaşımı
2004

İNTERNET PAYLAŞIMI, 2004

(Birinci Bası, Şubat 2002 Turhan Kitabevi, Ankara)

Bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda, Prof. Dr. Metin Kıratlı, Prof. Dr. Yahya Zabunoğlu, Prof. Dr. Turgut Tan, Prof. Dr. Metin Günday ve Doç. Dr. Erdal Onar'dan kurulu jüri tarafından 17.10.2001 tarihinde 100 puan ile kabul edilen doktora tezinin tıpkı paylaşımıdır.

İnternet paylaşımı tezin YÖK arşivlerinde bulunan orijinalinin tıpkısıdır. Sayfa numaralarında bir değişiklik olmamıştır. Eserden kaynak gösterilmeden yararlanılması ve eserin herhangi bir yolla dolaşıma sokulması durumunda yasal yollara başvurulacaktır.

Değerlendirmeleriniz için: karahan@politics.ankra.edu.tr

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|-----|
| KISALTMALAR | V |
| GİRİŞ | 1 |
| BİRİNCİ BÖLÜM: KAMU HİZMETİ KAVRAMI..... | 11 |
| I. KAMU HİZMETİNE İLİŞKİN ÜÇ TEMEL YAKLAŞIM..... | 11 |
| A. İktisadi Nesnellik Olarak Kamu Hizmeti | 12 |
| B. Devletin İşlevleri/Görevleri Olarak Kamu Hizmeti | 21 |
| 1. Devletin İşlevleri..... | 23 |
| 2. Devletin Görevleri | 33 |
| C. Devletin Yarattığı İşlevler Olarak Kamu Hizmeti..... | 47 |
| II. KAMU HİZMETİ ALANI..... | 55 |
| A. Kamu Hizmeti Kavramını Karşıtıyla Tanıma Çabası: Özel Hizmet (Üretimi)-Kamu Hizmeti (Üretimi). | 58 |
| B. Kamusal Üretim-Kamusal İşlev-Kamu Hizmeti..... | 62 |
| C. Toplumsal İhtiyaçların Devletçe Üstlenilmesi: Kamu Hizmeti..... | 65 |
| 1. Üstlenme İradesinin Kaynağı..... | 68 |
| 2. Devletin Kamu Hizmeti Üstlenmesinin Alt ve Üst Sınırları Sorunu | 71 |
| 3. Kamu Hizmeti Olarak Üstlenme-Üstlenilmiş Alanda Faaliyette Bulunma | 75 |
| 4. Toplumsal İhtiyaçlarla Devletin Üstlenme İradesi Arasındaki Çelişki | 80 |
| D. Kamu Düzeni, Kayıtlayıcı Faaliyet, Yapıcı Faaliyet: Kolluk-Kamu Hizmeti İlişkisi..... | 89 |
| III. KAMU HİZMETİNİN HUKUKSAL EVRİMİ | 98 |
| A. Kavramın Ortaya Çıkışı..... | 98 |
| 1. Türk İdare Hukukunun Kaynağı..... | 98 |
| 2. Fransız Hukukunda Kamu Hizmetleri Kavramının Oluşumu | 103 |
| 3. Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmeti Anlayışının Oluşumu | 116 |
| B. Kamu Hizmeti Hukuksal Gelişiminin Hukuk Ötesi Bağlamı..... | 130 |
| 1. Osmanlı Klasik Dönemi | 131 |
| 2. Osmanlı Modernleşmesi..... | 138 |
| 3. Cumhuriyet, Genişleme..... | 142 |
| 4. Daralma..... | 150 |
| C. Türk İdaresi İçin Yeni Modeller | 162 |
| 1. İngiltere..... | 162 |
| 2. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı..... | 172 |

| | |
|---|------------|
| İKİNCİ BÖLÜM: KAMU HİZMETİNİN HUKUKSAL REJİMİ..... | 187 |
| I. KAMU HİZMETİNİN HUKUKU | 187 |
| A. Ortak Hukuk-Farklı Hukuk (Common Law Sisteminde Kamusal Rejim) | 187 |
| B. Kamu Hizmeti-Kamusal Rejim-İdare Hukuku-İdari Yargı | 193 |
| II. KAMUSAL REJİM MİNİMUMU: KAMU HİZMETİ İLKELERİ | 228 |
| A. Klasik İlkeler..... | 230 |
| 1. Süreklilik İlkesi..... | 230 |
| 2. Eşitlik İlkesi (Yansızlık ve laiklik)..... | 242 |
| 3. Uyum (Değişkenlik)..... | 267 |
| 4. Meccanilik, Karşılıksızlık, Parasızlık (Kamu hizmetinde bedel sorunu)..... | 276 |
| B. Kamu Hizmeti İlkelerinde Çeşitlenme | 299 |
| III. KAMU HİZMETİNİN KURULMASI | 310 |
| A. “Kurulma” Kavramı ve Sorunlar | 310 |
| B. Genel Yetki Kuralı: Yasakoyucu | 313 |
| C. İstisnalar..... | 319 |
| 1. Anayasal Kamu Hizmetleri | 319 |
| 2. Olası (virtuel) Kamu Hizmetleri | 326 |
| 3. Kamu Hizmetinin Kurulmasında Anayasa Mahkemesi’nin Rolü | 332 |
| 4. Kamu Hizmetinin Yerel Yönetimlerce Kurulması | 336 |
| IV. KAMU HİZMETİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE KAMU-ÖZEL KESİM İLİŞKİSİ..... | 345 |
| A. Kural: Kamu hizmeti - Kamu Faaliyeti - Kamu Hukuku Birlikteliği..... | 349 |
| 1. Emanet | 350 |
| 2. Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları)..... | 353 |
| B. İstisna: Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi | 360 |
| 1. Hukuki Rejimin Özelleştirilmesi..... | 361 |
| a) Sınai veya ticari kamu Hizmetleri | 367 |
| b) Özel Yürütüm - Kamusal Yürütüm Ayrımı | 379 |
| 2. Hizmetin Yerine Getirilmesinde Özel Kesimden Yararlanılması..... | 383 |
| a) Kamu Hizmetinin İhtiyaç Duyduğu Mal ve Hizmetlerin Özel Kesimden Karşılması: Kamu İhaleleri..... | 383 |
| b) Hizmetin Yerine Getirilmesinin Özel Kesime Bırakılması | 390 |
| (1) İdarenin Tek Yanlı İşlemiyle Ortaya Çıkan Yöntem: Ruhsat | 393 |
| (2) Kamu Hizmetinin Sözleşmeyle Gördürülmesi Yöntemi: İmtiyaz..... | 395 |
| SONUÇ | 424 |
| KAYNAKÇA..... | 429 |
| ÖZET | 453 |
| ABSTRACT..... | 455 |

KISALTMALAR

AB : Avrupa Birliği

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

AİD : Âmme İdaresi Dergisi

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

AM : Anayasa Mahkemesi

AMKD : Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

ATAD : Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

CC : Conseil Constitutionnel, Fransız Anayasa Konseyi

CE : Conseil d'État, Fransız Devlet Şurası

CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

ÇED : Çevresel Etki Değerlendirme

D1.D : Danıştay 1.Daire (Diğer daire kararları da benzer şekilde kısaltılmıştır.)

DD : Danıştay Dergisi

DDDK : Danıştay Dava Daireleri Kurulu

DİDD : Danıştay İdari Dava Daireleri

DİDDGK : Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

DİİK : Danıştay İdari İşler Kurulu

EDCE : Études et documents du Conseil d'État

GAJA : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative

İDT : İktisadi Devlet Teşekkülü

İİİD: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JCP : Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique)

KHK : Kanun hükmünde kararname

KİK : Kamu İktisadi Kuruluşu

KİT : Kamu İktisadi Teşekkülü

OECD : Organization for Economic Cooperation and Development

RA : Revue administrative

RDP : Revue du droit public et de la science politique

RFAP : Revue française d'administration publique

RFDA : Revue française de droit administratif

RG : Resmi Gazete

RİSA: Revue internationale des sciences administratives

SİM : Siyasi İlimler Mecmuası

TC : Tribunal des conflits, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi

TİD : Türk İdare Dergisi

TODAİE : Türkiye ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü

UM : Uyuşmazlık Mahkemesi

GİRİŞ

Kamu hizmeti, yirminci yüzyılın ilk çeyreğinde olduğu gibi son çeyreğinde de temel sorun alanlarından biri olmuştur. İlk ve son çeyreklerde kamu hizmeti, “kriz” kavramıyla birlikte anılmaktadır. Krizin etki alanı, toplumsal yaşamı konu alan disiplinler içinde, hukuku da kapsamaktadır. Kamu hizmetinin yirminci yüzyılın ilk ve son çeyreğindeki krizlerinin doğrudan görünümü, her şeyden önce hukuksaldır.

Modern devlet, genişlemiş toplumsal işlevleriyle ortaya çıkarken devlet faaliyetlerinin hukuksal yapısını inceleyen hukuk dalları da eskinin kavram ve kategorilerini sorgulamak ve değiştirmek zorunda kalmışlardı. Devlet işlevleri genişlerken devletin hukuku da genişlemişti. Yüzyıl başında hukukçuları, özellikle kamu hukukçularını uğraştıran “gelişmeleri açıklama” ve “gelişmelere uyum” sorunları, bir “genişleme krizine” işaret ediyordu. Son çeyrek yine bir krize işaret ediyor: “daralma krizi”.

İlk kriz, devletin zor kullanma tekeline dayanarak düzen sağlama işleviyle tanımlanan bir hukuksal anlayışın, devlet işlevlerinin, “toplumsal” amaçlarla kapitalist girişimlere benzer alanlara doğru genişlemesini açıklayamamasından kaynaklanıyordu. Örneğin ülkemizde, gecikmeli biçimde, Cumhuriyet devrimiyle yaşanan bu gelişmeler karşısında, 1937 yılında “Devletçilik ve idare hukuku” konulu konferansta “cemiyyetin yüksek menfaatleri namına devletin, ferdin tekmil faaliyet sahalarına müdahale edebileceğinin” kabul edildiği bir devletçilik anlayışının uygulamaya konmasıyla “idare hukuku yıkılmış mıdır?” sorusuna yanıt aranıyordu.¹

Yirminci yüzyılın son çeyreğinde başlayan ve günümüzde de süren krizde ise, devlet faaliyetlerini düzenleyen hukuk dalları, elli yıla yakın bir süre istikrar yaşamış klasik kavramlarının, devlet işlevlerindeki dönüşüm karşısında açıklayıcılıklarını yitirmesiyle karşı karşıya kalmaktadır. İlk ve ikinci krizin nedenlerini oluşturan

¹ Sıddık Sami Onar, **Devletçilik ve İdare Hukuku**, Ankara, Hukuk İlmi Yayma Konferanslar Serisi 14, 1937, s.16

devlet işlevlerindeki dönüşümlerin farklılıkları, sorunun, hukukun basit bir uyumu sorunu olarak yaşanmaması sonucunu da doğurmaktadır.

Devletin işlevlerindeki yeni dönüşüm, hukukçunun, yüzyıl başındakinden farklı olarak, kayıtsız biçimde sorgulamaksızın kabul edebileceği nitelikte değildir. İlk dönüşüm, hangi amaçla ve hangi itici güçle olursa olsun toplumsal nitelikli bir genişlemeyi ifade ederken; ikinci dönüşüm, toplumsallık kaygısından uzak, salt düzen sağlama işlevinde odaklanan bir etkenlik arayışını ifade etmektedir. Fransız düşünür Bourdieu, 1995 grevi sırasında Paris Lyon garında yaptığı destek konuşmasında “bir uygarlığın yıkımına karşı, kamu hizmetlerine, eğitim, sağlık, kültür, sanat, araştırma ve herşeyin ötesinde çalışma haklarının cumhuriyetçi eşitliğine bağlı bir uygarlığın yıkımına karşı mücadele edenlere desteğimizi sunmak için buradayım” diyordu.² İdare hukukçularının kamu hizmeti krizi, toplumsal boyutlarından bağımsız düşünülebilecek saf bir hukuksal kriz değildir. Devletin göreceli özerkliğini yitirerek, toplumsal yönü ağır basan kamu hizmeti işlevlerini terk edip düzen sağlama işleviyle sınırlanması ve “ceza devletine”³ dönüşmesi eğilimi karşısında idare hukukçularının “hukukçu yansızlığı”na sıkışmaları mümkün olmamalıdır.⁴

Konuyu ele alış biçimimizi, idare hukukunda “yöntem” sorununa ilişkin kaygılarımız yönlendirmiştir.

² Pierre Bourdieu, **Contre-Feux, Propos pour servir à la resistance contre l’invasion néo-libéral**, Paris, Raison d’Agir, 1998, s.30

³ **Ibid.**, s.39

⁴ Ozansoy’un belirttiğinin aksine, gelişmeler karşısındaki anlamlı konumlar “kamu hizmetini savunanlar ve yıkanlar” şeklinde belirmemektedir. Böyle bir açık ya da örtük kamplaşma mevcut değildir. Muhtemel bir çelişki, gelişmeleri anlamaya çalışanlar ile böyle bir ihtiyaç hissetmeden işlevselci hukukçuluk yapanlar arasında gelişecektir. Ayrıca yapılacak bir kamu hizmeti savunusu da “kamu gücü pratiklerinin özgürlüğe tehdit oluşturan yönlerini unutma pahasına” olmak zorunda değildir. Bkz. Cüneyt Ozansoy, “Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayınları, 2000, s.36; Cüneyt Ozansoy, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, **AÜHFD**, c.46, sy.1-4, 1997, s.85-100

Katı bir siyaset-hukuk ayrımının bulunmadığı, hukukun siyasetçe belirlendiği ve buna karşılık görelî özerkliğiyle siyaseti belirlediği unutulmamaya çalışılmıştır. Saf ve değeri kendinden menkul hukuki kavramlar yoktur. Toplumsalın ve siyasalın hukuksal izlerini sürmek mümkündür.

İdare hukukunu devlet işlevlerinin yerine getirilmesinin hukuki çerçevesi olarak ele almak, yer yer aşırı derecede teknikleşen idare hukukunu devlet tartışmalarıyla bağlantılamayı sağlayacak ve idare hukukunun kendi içine kapanmasına engel olacaktır. Bu düzlemde bir yaklaşım oluşturmada idare hukukunun teknik tartışmalarına girmek eksik bir yöntemdir. Disiplinin “dışarı” ile kapısını kapatmayan bu yöntem sayesinde, alanın kavram, ilke ve kurallarının varlığı ve değerleri kendinden menkul olmaktan çıkar; sorgulanmaya, anlaşılmaya ve dönüştürülmeye açık hale gelir. Hukukçuların, pozitif kuralların ve bunlardan doğan ilke ve kategorilerin dışında kalan alanı anlatmak için kullandıkları “hukuk ötesi” terimi, hukuk dallarının sınırlar çizerek içine kapanmasının iyi bir ifadesidir. “Ötesi” ile arasına geçilmez duvarlar koyan hukuk, kendi içine kapanmakta gittikçe teknik, kısır, anlaşılmaz ve anlamaya yönelik araçlar üretmez hale gelmektedir.

Disiplini yer aldığı bağlamdan kopararak herhangi bir bütünsel yaklaşım geliştirmeden salt teknik hukuki araçlarla, bunların işleyiş ve sorunlarıyla uğraşanların, dönüşümler karşısındaki tavırları da sağlıklı olamaz. Bir hukuk disiplinin, içinde yer aldığı bağlamın ihtiyaçlarıyla oluşan referans ilkeleri, bir kez oluşunca uzunca bir süre değişikliğe uğramaz. Sözkonusu bağlam bu temelleri değiştirecek yeni ihtiyaçlar yaratsa bile belirli bir özerkliğe sahip olan disiplinin bunlara tepki vermesi geç olur. Disiplin içinde yer alan teknik hukukçuların, alanların dönüşümünü algılayıp yorumlamaları ve yeni bir inşa sürecine girmeleri genellikle mümkün değildir. Teknik araçlarla ilgilerini sınırlayan hukukçular, uğraşlarını, dönüşümlerin getirdiği anlık ihtiyaçlara yanıt vermeyen araçlarını terk etmekle veya bunları arızalı görüp onarmaya çalışmakla sınırlarlar.⁵ Açıktır ki anlık ihtiyaçlara

⁵ Öğretide bu gelişmeyi fark ederek değerlendirme gereği duyulmamaktadır. Post-modern durumun özelliği olarak belirtilen, “dünyayı açıklayıcı büyük anlatıların bittiği” saptaması,

verilen bu anlık tepkiler, bütünü görme yeteneğinden yoksun “teknisyenler”in karşısına, içinde bulundukları disiplinin esaslı bir dönüşümünü çıkaracaktır. Kamu hizmetlerindeki dönüşüm (daralma krizi), yıllardan beri kendini idare hukukçularına günlük sorunlar olarak göstermekte; hukuki sorunlar büyük bir gayretle çözümlenip çözülürken “gelişme” ve “gelişme yönü” sorunları gözardı edilmektedir.

Bu nedenle tezimizde kamu hizmetleri kavramının tarihselliğine dikkat çekilecek, gelişim çizgisi ortaya konmaya çalışılacaktır.

Kamu hizmeti kavramını ele alırken, varolan toplumsal yapının kapitalist üretim biçimiyle belirlenmiş olduğu gerçeği gözardı edilmemiştir. Kapitalist bir çerçevede, ortak ihtiyaçların karşılanması işlevinin toplumsallaştırılması, yani devlet tarafından üstlenilmesi, kapitalizm için zorunlu ve aynı zamanda çelişik bir nitelik taşır. Kapitalist üretim biçimi toplumsal ihtiyaçların özel üretim ve değişimle karşılanmasını kabul eder, bunun alabildiğine toplumsallaştırılması ise farklı bir üretim biçimine ve farklı bir toplumsal yapıya işaret eder. Kamu hizmeti konusunu sorunlu kılan da bu özelliğidir. Ortak ihtiyaçların toplumsallaştırılmasının, yani devletçe kamu hizmeti olarak üstlenilmesinin sınırları ve üstlenilen alanlarda işleyiş biçimleri kapitalist ilke ile tutarlı olmak zorundadır. Sistem içi ve sistem dışı zorlamalarla yaratılan sapmalar, sistemi aşıcı veya dönüştürücü güce sahip değillerse yine sistem içi dinamikler tarafından düzeltilirler.

Devletin, sivil toplum (bu çalışmada kabaca eşitlediğimiz şekliyle üretim ilişkileri alanı) karşısında yansızlığı, bağımsızlığı ve aşkınlığı konusundaki vurgusuyla liberal kuram (aslında kapitalizm paradigması içinde kalan tüm kuramlar) zorunlu olarak bir mistifikasyona yol açar.⁶ Ancak bu tahlil bir gerçekliğe de tekabül eder. Ayrılma, kapitalist üretim biçiminin ve devletin önceki tarihsel yapılardan farklılaşan yönüdür. Üretim ilişkileri, serbest meta (mallar ve emek gücü) dolaşımı aracılığıyla gerçekleşir; bu serbest dolaşımda devletin, oyunun kurallarını belirleme

idare hukukunda da geçerlidir. İdare hukukunda büyük anlatılar ve anlatıcılara uzun süreden beri rastlanmamaktadır.

⁶ Jacques Chevallier, Danièle Loschak, **Science Administrative c.1**, Paris, LGDJ, 1978, s.186

dışında müdahalesi istisnadır. Ancak kapitalist siyasal ilkelerin tümü için olduğu gibi, bu ayrım ilkesi de kapitalizm eski toplumsal bağlarından kopup yerleştiği ve yeni toplumsal karşıtlıklarla karşılaştığı oranda, ayak bağı olmuş, terk edilememiş ancak önemli istisnalarla yumuşatılmıştır.⁷ Fakat bu ilke, hiçbir zaman terk edilemeyecek niteliktedir, zira siyasal alanın sivil toplumu (üretim ilişkileri alanını) yutması farklı bir toplumsal yapı anlamına gelir.

Devletin üretim ilişkileri alanında doğrudan bir siyasal zor uygulamaması anlamında ayrım doğrudur. Ancak bunu tam bir kopukluk olarak kurmak ve devlete aşkın, toplumsal farklılıklardan bağımsız, tarafsız bir nitelik tanımak mümkün değildir.⁸ Devlet, sivil topluma dışsal değildir. Oradan doğar ve sivil toplumun çelişkili yapısı devletin oluşumuna ve ortaya çıkan iradesine de yansır. Devletin temsil ettiği kabul edilen kamu yararı (ortak yarar) da ancak bir soyutlama ve kaynağı katılım olan bir meşruluk aracı olarak “ortak”lığı yansıtır. Sivil toplum-siyasal toplum ayrılığı, kapitalizm içi bir “ilke”dir. Siyasal alanın ortak çıkarı temsil ettiği yanılışmasını üretir. Kapitalist toplumsal yapılarda “ortak çıkarı” siyasal alan üretir. Sivil toplumun bencil bireyleri kimliğinden sıyrılmış, siyasal toplumun “vatandaşları” ortak iradeleriyle siyasal iradeyi, ortak çıkarı üretirler. Bu inşayı, sınıfsal eleştiriye tabi tuttuğumuzda, kapitalizme temelden farklı çıkarılara sahip sınıfların, böyle bir dolayım aracılığıyla olsa bile “gerçek bir ortak çıkar” üretemeyeceklerini görürüz. Zaten bu nedenle, devletin diğer ideolojik aygıtları ve özellikle de zor aygıtları sürekli olarak devrededir. Siyasal alanın oluşumuna katılım

⁷ Örnek olarak “temsili meclisler” ve “kanun” kavramlarına getirilen düzelticiler için bkz. Onur Karahanoğulları, **(Yapısal olarak) Kanun Hükmünde Kararname demokratik ilkelere yıpratıcı etkileri ve 1982 Anayasası Düzenlemesi**, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), 1996

⁸ Örneğin Wallerstein, “ekonomi alanıyla, siyasal alanın görünüşte birbirinden ayrıldığını (s.27)” bunun dünya iktisadi sisteminde devletlerin özellikle fiyatların belirlenmesinde oynadığı temel rolü “gizlediğini” ayrıntılı bir şekilde açıklamaktadır. Bkz. Immanuel Wallerstein, **Tarihsel Kapitalizm**, 2.B., İstanbul, Metis, 1996, s.27, 43-48; Ancak, devletler iktisadi alanın işleyiş kurallarını dıştan güvenceye alma işlevlerini aşarak bu alana doğrudan müdahalelerde bulunuyor olsalar bile, kapitalist sistemde, iktisadi alanın temel işleyiş ilkesinin “doğrudan siyasal zoru dışlayan, özgür sözleşme ilişkisi” olduğu gerçeği değişmemektedir.

ve siyasal alanla ilişki bakımından bireyler arasındaki eşitlik soyut bir eşitliktir. Bu soyutlama, giderek ideolojik bir kullanım kazanır. Devlet faaliyetlerinin sınıfsal niteliği bu soyut eşitlikte gizlenir. Eşit vatandaşların katılımıyla oluşan devlet, vatandaşlara “eşit” olarak hizmet sunar. Bölünmüş sosyal, kamu hizmetleri aracılığıyla bütünleştirilir. Ancak, vatandaşların belirli bir devlette, belirli zaman ve koşullarda devletin oluşumuna nasıl katıldıkları ve devletin vatandaşlara nasıl hizmet sunduğu ele alındığında bu eşitlik ve yansızlık soyutlamasının çelişik niteliği ortaya çıkar. Bunların somut içerik kazanması, üretim ilişkilerinde temelini bulan siyaset aracılığıyla gerçekleşir.

Kamu hizmetleri, toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli olan toplumsal ihtiyaçların karşılanması faaliyetinin devlet tarafından, üretim ilişkileri alanının kurallarından belirli oranda bağışık kılınarak üstlenilmesini ifade eder. Devlet tarafından üstlenilen hizmetler konusu, siyaset bilminde (liberal devlet, sosyal devlet, sosyalist devlet...), ekonomide (piyasa ekonomisi, devletçilik, ithal ikamecilik, dışa açık ekonomiler, fordizm, keynesyen birikim modeli, kalkınmacılık...), kamu maliyesinde (kamusal mallar, piyasa malları...), anayasa hukukunda (sosyal haklar, devletin özgürleştirme görevi...) önemli bir yer tutmaktadır.

Devletin görevleri kavramı, idare hukukunda “kamu hizmeti” kategorisi olarak ortaya çıkmaktadır. Somutlaşmış anayasa hukuku olarak da tanımlayabileceğimiz idare hukuku, görevleriyle tanımlanan ve görevlerine göre teşkilatlanıp faaliyet gösteren devleti konu almaktadır. Kabaca idare hukuku devlet faaliyetlerinin hukukudur. Devleti tanımlayan işlevler, idare hukukunu da tanımlar. İdare hukuku devlete ilişkin tartışmalardan, yavaş da olsa doğrudan etkilenir. Tüm toplum üzerinde güç kullanma imkanına sahip olan devlet, bu ayrıcalığını işlevleriyle meşrulaştırır. İdare hukukunun kurucu unsuru da bu işlevlerdir. İdare hukukunun temel kavramı “idari işlev”, devlet işlevidir (ancak, bu iki kavram arasında tam bir örtüşme olmadığı açıktır. Devlet işlevlerinin diğer hukuk dallarınca düzenlenen yönleri de bulunmaktadır). İdare hukuku, teşkilat başlığında devlet işlevlerinin nasıl

örgütlendiğini; idari işlemler başlığında bu işlevlerin hangi tür irade açıklamalarıyla yerine getirildiğini; kamu görevlileri başlığında, bu işlevleri yerine getirecek çalışanları; idare malları başlığında, bu işlevler için gerekli olan malların hukuki durumunu ele almaktadır. Özetle, kamu hizmetleri toplumsal/siyasal yaşamda önemli olduğu gibi kurucu işleviyle idare hukukunda da önemlidir.

Kamu hizmeti konusunu incelerken, sınırları saptamak sorun yaratmaktadır. Kamu hizmetini idarenin ve idare hukukunun varlık nedeni olarak kabul ettiğimizde, kamu hizmetini konu alan bir çalışmanın tüm idari örgütlenmeyi, personeli, malları vd.'yi kısacası idareye ve idare hukukuna ilişkin tüm konuları incelemesi gerektiği düşünülebilir. Bu anlamda kamu hizmetlerini ele almak idare hukukunu ele almaktır.

“Kamu Hizmeti Ekolü”ne mensup yazarların eserlerinde kamu hizmeti, idare hukukuna içkin bir kavram olarak ele alınmasına karşın, aynı eserlerde kamu hizmetine ayrı bir başlık açılıp kamu hizmetinin kurulması, işleyişi ve hukuki rejimi ayrıca da anlatılmaktadır. Kanımızca bu çelişik bir yaklaşımdır. Yöntemsel olarak doğru olan, kamu hizmetinin, idare hukuku incelenmesinde herhangi bir bölüm olarak değil, ana iskeleti oluşturan kurucu bir unsur olarak değerlendirilmesidir. Kamu hizmetinin ne olduğuna, hukuki biçim kazanışına, hukuki rejimine ve yerine getiriliş biçimlerine ilişkin açıklamalardan sonra, idare hukukunu bunun üzerine inşa etmek, “kamu hizmeti ekolü” içinde yer alanlar için daha tutarlı bir yaklaşım olacaktır. Böyle bir ekol içinde yer almamakla birlikte biz de idare hukukunun kamu hizmetleriyle açıklanabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle tezimizde tüm idare hukukunu anlatmadan, kamu hizmetlerini ele almaya çalıştık.

Tezde konunun devlet kavramıyla, ülkemizin iktisadi ve toplumsal gelişimiyle ve farklı modellerle bağlantısı kurulmaya çalışılacaktır. Kamu hizmeti, “kamu iktisadi girişimleri” ile sınırlı kalmadan, idare hukukunun kurucu kavramı olduğu akılda tutularak değerlendirilecektir.

Kamu hizmetleri konusu, her somut olayda kamu hizmetinin var olup olmadığının saptanması sorununa indirgenerek ele alınmamalıdır. Genellikle bu yanlışla düşüldüğünden, araştırmacılardan bir kamu hizmetleri kataloğu çıkarmaları

istenmekte; zorunlu olarak eksik kalacak bu çalışmalardan yola çıkarak da kamu hizmetlerinin tanımlanamaz olduğu veya bazı faaliyetlere atfedilen bir “etiket” olduğu sonucuna varılmaktadır.⁹ Tanımlamak, her yerde, her zaman ve her koşulda geçerli olacak formüller belirlemek değildir. Her tanım tarihseldir. Kamu hizmetleri kavramı devletin iktisadi ve toplumsal alanlardaki faaliyetleriyle sıkı sıkıya bağlıdır.

Konu, toplumsal evriminin temel unsurları ile kamu hizmeti politikalarının nitelikleri arasındaki ilişkiler ortaya konularak ele alınmalıdır. Kamu hizmetinin hukuksal evrimi değerlendirilirken de bu amaç akılda tutulmaya çalışılmıştır. Kamu hizmeti kavramını toplumsal kökenlerinden koparmadan incelemek, bir hukuk tezi için iddialı bir amaç olduğundan, çabamız zorunlu olarak eksik kalacaktır.

İki bölümden oluşan tezimizin ilk bölümünde, “kamu hizmeti kavramı” tanınmaya çalışılacaktır. Kamu hizmeti kavramını tanımaya yönelik, “iktisadi nesnellik olarak kamu hizmeti”, “devletin işlevleri/görevleri olarak kamu hizmeti” ve “devletin yarattığı işlevler olarak kamu hizmeti” şeklinde üç yaklaşım saptanmıştır. İlk bölümün ikinci alt başlığında, kamu hizmetleri, kapitalist üretim biçimiyle karşıtlık kurularak, devletin üretim ilişkileri alanının kurallarından belirli oranda bağışık kılarak üstlendiği, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak faaliyet alanları olarak değerlendirilmektedir. Üçüncü alt başlıkta, kavramın “hukuksal evrimi” ele alınmaktadır. Klasik hukuki yaklaşımda, “hukuk ötesi” sayılabilecek değerlendirmelere, hukuksal evrim başlığı altında yer verilmiştir. Modern kamu hizmeti kavramının doğuşu ve idare hukukunda kullanımı Fransız hukuku kökenlidir. Türk hukukunda da idare hukukunun ve bu hukuk dalı içinde kamu hizmetinin, özgün kullanımıyla yer edinmesinde kaynak ülke Fransa olmuştur. Tezin bütününde Fransız hukuku ile kurulan bağlantının gerekçesini ortaya koymak için “Türk idaresinin kaynağı sorunu” değerlendirilmiştir. Yine bu alt başlıkta, klasik kamu

⁹ Truchet bizim yazınımızda da aktarılan meşhur saptamasında, kimsenin kamu hizmeti için tartışmasız bir tanım veremediğini, yasakoyucunun bunu dert edinmediğini, yargıcın istemediğini, öğretinin ise başaramadığını savunuyor: "*Personne n'a jamais réussi à donner du service public une définition incontestable: le législateur ne s'en est pas souci, le juge n'a pas voulu, la doctrine ne l'a pas pu.*" Didier Truchet, “Label de service public et statut de service public”, **AJDA**, 1982, s.428

hizmeti modelinin dışında yer alan ve güncel dönüşümde Türk hukukuna örneklik eden İngiltere ve Avrupa Birliği kamu hizmeti anlayışları, “Türk idaresi için yeni modeller” başlığıyla değerlendirilmiştir.

İkinci bölüm ise, “kamu hizmetinin hukuksal” rejimine ayrılmıştır. Bu bölümde, kamu hizmetinin tüm somut görüngülerinin ayrıntılı hukuki rejimi değil, kamu hizmetinin ortak hukuku araştırılmıştır. İlk alt başlıkta, özel hukuk kamu hukuku ayırımının bulunmadığı *common law* (ortak hukuk) sistemlerinde, kamu hizmetlerinin tüm vatandaşlara uygulanan ortak hukuktan farklı bir hukuki rejime ihtiyaç duyup duymadığı; idari rejimi benimseyen sistemlerde ise kamu hizmetlerinin mutlaka kamusal rejimi gerektirip gerektirmediği soruları değerlendirilecektir. İkinci alt başlıkta, kamu hizmetlerine uygulanan kamusal rejimin minimum unsurları olarak “kamu hizmeti ilkeleri” ele alınacaktır. Üçüncü alt başlık, kamu hizmetinin kurulmasında genel ilke ve bunun istisnalarına ayrılmıştır. Son alt başlıkta ise kamu hizmetinin yerine getirilmesinde, kamu-özel kesim ilişkisi değerlendirilmektedir.

Konunun incelenmesinde, karşılaştırmalı hukukun verilerinden de yararlanılacaktır. Bu çerçevede Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki ve Avrupa Birliği hukukundaki kamu hizmeti modelleri değerlendirilmeye çalışılacaktır. Aynı kamu hukuku ailesi içinde bulunduğumuz Fransız hukukundan ise, karşılaştırmalı hukuk bağlamında değil, idare hukukunun birçok temel kavramının kaynak hukuku olarak yararlanılacaktır.

Bunun dışında, özellikle eski tarihli idare hukuku klasiklerine başvurulacaktır; Yüzyıl başına gitmek, idare hukukunun yerli ve yabancı klasiklerine yönelmek, günümüzdeki alt üst oluşa ve kafa karışıklığına tarihsel mesafenin getirdiği sakinlikle bakmamıza olanak sağlayacaktır.

Birinci bölüm ile ikinci bölüm arasındaki görelî hacim dengesizliğinin nedeni, kamu hizmetinin hukuksal rejimini konu edinen ikinci bölümde, yargı kararlarının aktarılmış olmasıdır. İçtihadın değerlendirilmesinde, Fransız içtihadına elden geldiğince sınırlı olarak yer verilmiş, esas olarak temel içtihat oluşturan, idare hukukunun kurucu kararları aktarılmaya çalışılmıştır. Doğrudan metnine

ulaşılamayan kararlar, yazarlardan atıfla aktarılmış; bu da mutlaka belirtilmiştir. Ülkemizdeki içtihadın değeriendirilmesinde ise, derlemeler ve sistemli karar indeksleri bulunmadığından tarama güçlüğü ile karşılaşılmıştır.

Birinci Bölüm: KAMU HİZMETİ KAVRAMI

I. KAMU HİZMETİNE İLİŞKİN ÜÇ TEMEL YAKLAŞIM

Kamu hizmeti kavramı, farklı adlandırmalar ve tanımlamalarla da olsa farklı disiplinlerin inceleme alanlarında yer almaktadır. İdare hukuku alanında yazılan kamu hizmetlerine ilişkin tezin, konuyu hukuk açısından ele almak zorunda olduğu açıktır. Ancak, bugüne kadar yanlış bir kavrayışla gelişmiş bulunan sınırlandırıcı ve gitgide de körleştirici hukuk yaklaşımının sınırlarını zorlamaya çalışmak da bir zorunluluktur.

Aynı kavram, farklı terimlerle de olsa çeşitli disiplinlerde kullanılıyorsa, o kavramın neyi ifade ettiğini anlamaya yönelik her çaba, disiplinler arası bir gezintiye çıkmak zorundadır. Biz bu zorunluluğu, farklı disiplinlerin konuya ilişkin değerlendirmelerini, şematik olarak sıralamak şeklinde değil, sentetik bir yaklaşımla yerine getirmeye çalışacağız.

Kamu hizmeti, “devletin işlevleri/görevleri” şeklinde siyaset bilimi alanında; “kamu kesimi”, “kamu malı” şeklinde de kamu ekonomisi ve kamu maliyesi alanlarında incelenmektedir.

İdare hukuku öğretisi, bu alanlardan neredeyse tamamen yalıtık biçimde gelişmektedir. Yüzyıl başı literatüründe (ülkemizde 1930’larda) konunun devlet sistemleri bağlamında ele alınması, idare hukukunun diğer alanlarla iletişim çabasının tek örneğidir. Ancak bu eserlerde yapılan, tam olarak “bağlamda ele alma” da olamamıştır. İdare hukuku kitaplarının kamu hizmeti konusuna ilişkin bölümlerinde, devlet sistemleri anlatılarak giriş yapılmış; liberalizm, sosyalizm karşıtlığı kuran ve karma ekonomiyi üçüncü yol olarak ortaya koyan klasik kalıp kullanılmıştır. Bu giriş yapıldıktan sonra, kamu hizmetinin siyasal tercih olarak yasakoyucu tarafından belirleneceği belirtilerek konunun hukuki yönüne geçilmektedir. Hukuki yapıyı anlatmak için kurulan temel, gerçek bir temel olmamakta, daha sonra ele alınanlara hiçbir ışık tutmamaktadır. Bu çalışmalarda giriş

sadece yöntemsel bir eksiklik kalmaması için yapılan bir “değinme” olarak bulunmaktadır. Daha sonra idare hukukunda yazanlar bu yasak savmayı gerçekleştirmek zorunda dahi hissetmemişlerdir kendilerini.

Kamu hizmeti konusunda, siyaset bilimi yüzyıl başında az da olsa idare hukukuna sızabilmişse de kamu maliyesi, kamu ekonomisi ya da genel olarak ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamıştır.

A. İktisadi Nesnellik Olarak Kamu Hizmeti

Kamu maliyesi, kamu hizmeti kavramını iktisadi bir kavram olarak ele alır. Kamu maliyesinin konusu, “kamu kesiminin iktisadî nitelikteki faaliyetinin anlatımı ve tahlili”dir.¹⁰ Maliye disiplininin kamu hizmetini iktisadi açıdan ele alması doğaldır. Ancak, doğal olmayan, tüm bir kamu kesiminin iktisadi alan olarak tanımlanmasıdır. İktisadi faaliyet dışında bir kamu kesimi görülmez maliye disiplininde. Bu anlayış, tüm siyasal kararların, tüm bürokratların kararlarının iktisadi karar alma mantığıyla açıklanmaya çalışıldığı kamu seçimi okulunun yaklaşımında uç noktada ortaya çıkar.¹¹

Maliyecilerin/iktisatçıların yaptığı kamu kesimi-özel kesim ayrımının idare hukukundaki “kamu hizmeti” tartışmasına ışık tutacak nitelikte olduğu savunulabilir. Hatta Savaş’ın iddiasına göre, “hukuk literatüründeki ‘kamu hizmeti’nin tanımındaki belirsizlik, iktisadın belirlediği ‘kamusal mal’ tanımı ile, ‘kamusal mal üretimi,

¹⁰ Özhan Uluatam, **Kamu Maliyesi**, 5.B., Ankara, İmaj Yayıncılık, 1997, s.3; Turgut Tan, “Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku,” **AİD**, c.5, sy. 1, 1972, s.28

¹¹ Kamu seçimi okulu, maliye/kamu ekonomisi yaklaşımında siyasal niteliğiyle piyasadan farklılaştığı kabul edilen kamu kesiminin, bu özelliğinin reddi ve piyasa ilkeleriyle açıklanabileceği anlayışı üzerine kurulmuştur. Neo-klasik iktisad, siyasal alana uygulamaya çalışır. Bireysel seçimlerle bireysel faydayı ençoklaştırma kavramı siyaset alanına da uygulanmaktadır. Piyasa yetersizliği (market failure) benzeri bir devlet yetersizliği (state failure) saptaması yapılmakta ve siyasetçilerin, bürokratların ve seçmenlerin kendi refahlarını ençoklaştırmak için kararlar vermesinin devlet başarısızlığını doğurduğu savunulmaktadır. Kamu seçimi okulunun temel yaklaşımları, matematiksel yöntemlerin siyasal tercihlere uygulanmasıyla -örneğin oyun kuramı- desteklenmektedir. Kamu seçimi okulu için bkz. Patrick Dunleavy ve Brendan O’leary, **Theories of the State, The Politics of Liberal Democracy**, 2.B., London, Macmillan, 1987, s.75-85

kamusal hizmeti belirler' ilkesi hukukçularımız tarafından benimsendiği zaman ortadan kalkacaktır.”¹² Kanımızca iktisadi mal tanımları, idare hukukundaki kamu hizmeti tartışmalarını çözecek nitelikte değildir; hatta, konunun siyasallık ve tarihsellik özelliklerini tamamen gözardı eden saf iktisadi yaklaşımın, bu zaafıyla idare hukukunun kamu hizmetleri kavramlaştırmasının gerisinde kaldığı da düşünülebilir.

Kamu kesiminin varlık nedeni, piyasa mekanizmasının kamusal malların karşılanmasında etkin kaynak tahsisi yapamaması ve bunları optimal hacimde temin edememesidir.¹³ İki kesimin, nitelik bakımından temel ayrım noktaları, “saik/amaç”, “kamu gücü” ve “siyasal karar süreci”dir. Özel kesimde temel amaç kâr azamileştirmesidir; kamu kesiminde dışlanmasa da ilke olarak kâr temel saik değildir. Özel kesim sermaye, işgücü ve mal piyasalarındaki eşit ve özgür(serbest) değişimi esas alır; kamu gerekli durumlarda kökenini devletin zor kullanma yetkisinden alan ayrıcalıklar kullanır. Özel kesimde kararların oluşturucusu piyasa iken kamu kesiminde kararlar siyasal süreçlerde oluşur.¹⁴

Maliye disiplini, özel kesimden ayırmakla birlikte kamu kesimini, neredeyse tamamen iktisadi bir yaklaşımla ele almaktadır. İdare hukukundaki kamu hizmeti kavramının, karşılığı olan “kamu malı” kavramı bunun örneğidir. Bunun gerisinde şu mantık yatıyor olabilir. Kamu kesimi de özel kesim de iktisadi alanlardır. Birincisinde iktisadi kurallar birçok istisnaya da olsa işler. Kamu kesimi–özel kesim karşıtlığı kurulmakla birlikte, iktisadilik her iki kesimde de geçerli olmakta, siyasallık, iktisadiliğin işleyişini bozan bir unsur derecesine indirgenerek oldukça geri plana atılmaktadır.

¹² Vural Fuat Savaş, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme, İktisadi Yaklaşım”, **Anayasa Yargısı**, sy.15, Ankara, 1998, s.95

¹³ Güneri Akalın, **Kamu Ekonomisi**, 2.B., Ankara, AÜSBF Yayınları no. 554, 1986, s.5; Akalın kamu ekonomisini doğuran piyasa yetersizliği nedenleri olarak şunları saymaktadır: “1.Üretim maliyetinin düşmesi. 2.Sıfır üretim maliyeti. 3.Önemli ekonomik etkilerin fiyat mekanizması tarafından yakalanamaması (dışsal ekonomiler). 4.Kolektif tüketim (sosyal mallar). 5.Arz konusunda çeşitli sorunların piyasa mekanizmasını başarısızlığa uğratması”, s.12-26.

Tarih dışı, özcü bir iktisadilik anlayışı, kamu maliyesi disiplininin “kamu malları” anlayışına hakimdir. Malların (mal terimi, hizmetleri de kapsamak üzere kullanılmaktadır), niteliğine bakılarak kamu kesimi belirlenmektedir. Özel mallar, kamusal mallar karşıtlığı üzerine kurulan tablolar, sınır ve geçiş alanları sorunları maliyecilerin kafa yormakta hoşlandıkları konulardandır.¹⁵

Kamusal hizmetler/mallar, devletçe üstlenilen ihtiyaçlardır.¹⁶ Temel olarak ikiye ayrılmaktadır: Saf kamusal hizmetler ve yarı kamusal hizmetler.

Saf kamusal ihtiyaçlar ve bunları karşılayan hizmetler, iktisadi-teknik nedenlerle karşılanması piyasaya bırakılamayan ihtiyaçlardır.¹⁷ Zira, piyasaya bırakılabilmesi için satılabilir olması gerekir. Bu tür hizmetlerin üretilmesi durumunda satılabilmesi için, hizmetin bölünebilir olması ve bedel ödemeyenlerin hizmetten dışlanabilir olması gerekir.¹⁸ Başka ifadelerle, sahip oldukları özellikler nedeniyle hiç ya da yeteri kadar üretilmeyen kamusal mallar, “tüketimde rekabet yokluğu” ve “bazı tüketicilerin dışlanma imkânının yokluğu” nitelikleriyle tanımlanır.¹⁹ Bu nitelikleri taşımayan alanlardaki ihtiyaçları karşılamak, zorunlu olarak devlete/siyasal mekanizmaya kalmaktadır. En saf örneği, savunma hizmetidir. Bunun dışındakilerin, yarı kamusalılığa doğru kaydığı kabul edilmektedir.

¹⁴ Uluatam, **Kamu Maliyesi**, s.10

¹⁵ Bu tarih dışı ve özcü yaklaşımı benimseyen Uluatam, buna karşın şu saptamayı yapmaktadır: “kamu kesiminin genişliğini belirleyen temel unsur bir toplumda devletten beklenen görevlerin, devletçe ulaşılmak istenen amaçların neler olduğudur”, Uluatam, s.17; Ardından, üç devlet anlayışı (bireyci-liberal kapitalist, müdahaleci-organik kapitalist ve Marksist-sosyalist devlet anlayışları) aktarılmaktadır.

¹⁶ İlerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere, “üstlenme” terimini, bizzat yerine getirme zorunluluğu bulunmayan durumları da kapsamak üzere kullanıyorum.

¹⁷ Bu ayrım için bkz Uluatam, **Kamu Maliyesi**, s.27-37; Sinan Sönmez, **Kamu Ekonomisi Teorisi, Kamu Harcamalarında Etkinlik Arayışı**, 1.B., Ankara, Teori Yayınları, 1987, s.107-127

¹⁸ “Bir kimsenin tüketiminin diğer bireyler ile rakip olmaması ve fiyat mekanizması yolu ile rakiplerin dışarıda tutulmaması; yani herkese ödeme arzusu ölçütü sözkonusu olmaksızın, kendi tercihlerine göre sosyal [kamusal] mallardan yararlanabilmesi; tüketimin bireyler arasında birlikte ve eşit olması” bunların özeliğidir. Akalın, **Kamu Ekonomisi**, s.70

¹⁹ Savaş, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme ...”, s.92

Saf kamusal ihtiyaçlar “kamu kesimini yaratan temel unsurdur” ve “günümüzde devletin bu tür görevleri, ülkede hakim olan devlet anlayışı ne olursa olsun, kabul olunmaktadır”.²⁰

Saf kamusal mallar dışında kalan, yarı kamusal mallar aslında satılabilir/pazarlanabilir niteliktedir. Yarı kamusal ihtiyaçlar ve bunların kamu kesimince karşılanması, dışsalılıklar/dışa taşan etkilerle²¹ açıklanmaktadır. “Dışa taşan etkilerin önemli boyutlara varması, devleti, bahis konusu mal ve hizmeti ya bizzat üretmeye ya da özel kesim üretimine çeşitli yollarla müdahalelere götürür. Birinci durumda kamu kesimi üretiminin doğrudan genişlemesi, diğesinde ise devlet düzenleyiciliğinin yaygınlaşması bahis konusudur”.²²

Saf kamusal mallarla yarı kamusal malların yanısıra, kamunun mülkiyeti altında üretilen özel mal ve hizmetler bulunmaktadır ki bunlar kamu kesiminde yer almaz.²³

Kamu kesimi işlevlerinin bu açıklanmasında belirsiz kalan nokta, “devletçe yerine getirilme”, “devlet kesimince karşılanma” kavramlarının neyi anlattığıdır. Bunlar fiilen devlet tarafından yerine getirilmeyi mi gösterir, yoksa devletin sorumluluğunda olmayı mı? Genelde, saf kamusal malların hem devletin sorumluluğunda olduğı hem de devletçe fiilen yerine getirileceğı kabul edilir. Ancak,

²⁰ Uluatam, **Kamu Maliyesi**, s.27

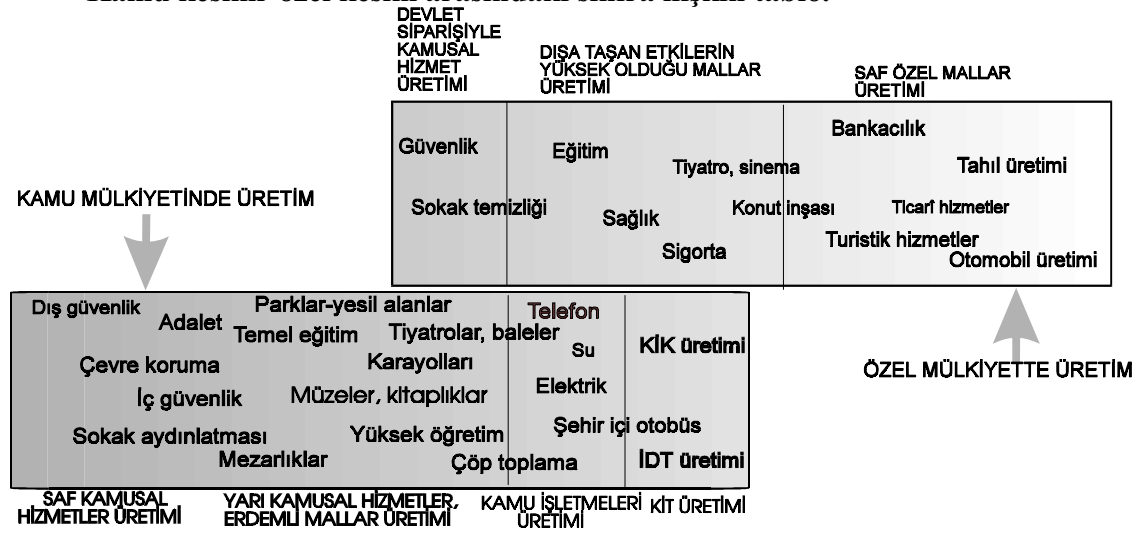
²¹ “Piyasa firmaları üretimlerinin tüm faydasını satmak isterler; üretim tekniklerini ona göre seçerler. Bununla beraber, firmalar bu yolda ne denli çaba gösterirlerse göstersonler, ürünlerinin bir kısım faydası gene de ödeme yapmamış kimselere sızabilir. Satın alanlar dışındakilere sızan bu faydalara dış faydalar denir. Maliyetlerde ise firmalar tam aksi bir davranış içindedirler; üretimde kullandıkları kaynaklara ellerinden geldiğı kadar az ödeme yapmak isterler. Bu sebep oldukları zararları, telef ettikleri kaynakları tazmin etmemeye çalışırlar. Bir fabrikanın havayı, suları kirletmesi, koku ve gürültü yapması genellikle tazmin etmediğı zararlardır. Firmaların sebep oldukları fakat tazmin etmemeyi başardıkları zararlarla dış maliyetler denir... Hem dış faydalar hem de dış maliyetler varlığı hallerinde devlet kaynakların topluma daha yüksek fayda sağlayacak şekilde kullanılmasını sağlamak üzere piyasaya karşışabilir.” Kenan Bulutoğlu, **Kamu Ekonomisine Giriş, Devletin Ekonomik Bir Kuramı**, 5.B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997, s.12,13

²² Uluatam, **Kamu Maliyesi**, s.34

²³ **Ibid.**, s.35

yarı kamusal hizmetlerin, “özel firmalara sipariş edilebileceği ve sonra da firmaların sağladığı hizmetin kamu kesimince topluma bir kamusal hizmet olarak sunulabileceği” kabul edilmektedir.²⁴ “Bu gibi hallerde, üretilen şeyin bir kamusal hizmet olmasına karşılık üretim özel mülkiyet altında gerçekleştirilmektedir.”²⁵ Kamu hizmetlerinin özel kesim tarafından üretilmesi, idare hukukundaki ruhsat, imtiyaz ve türev yöntemler aracılığıyla gerçekleştirilir. Ayrıca kamu ihaleleri de kamu hizmetine bağlı mal ve hizmet ihtiyaçlarının özel kesimden karşılanmasında kullanılmaktadır.²⁶

Kamu kesimi-özel kesim arasındaki sınıra ilişkin tablo. ²⁷



²⁴ Ibid., s.35

²⁵ Ibid., s.37;

²⁶ Günümüzde devletin işlevlerinin daraltılması temel liberal talep olarak görülmektedir. “Ancak, günümüzde kamu kesiminin boyutları da dikkate alındığında, bu kesimden piyasaya gelen taleplerin özel kesim için ne denli büyük bir pazar oluşturduğu rahatlıkla anlaşılabilir. Dolayısıyla kamu kesiminin bu alandan çekilmesinin, özellikle gelir dağılımının çok bozuk olduğu ekonomilerde piyasa talebini ciddi biçimde etkilemekte olduğu görüldü. Bu durum karşısında kamu ekonomisinin küçültülmesi tezi mutlak olarak uygulanmaya koyulmaktan vazgeçildi. Onun yerine kamusal finansmana müsaade edilerek, hizmet üretiminin özel kesime devri dayatıldı. Böylece finansmanın kamusal olması ilkesi korunurken, kamunun bu hizmeti özel kesimden alması salık verilmeye başlandı. Bu alandaki özelleştirme de ... hizmetin kamusal arzı, fakat üretimin özel olması, yani hizmetin devlet tarafından özel kesimden satın alınması biçiminde geliştirilmeye çalışılmaktadır.” Türk-İş Araştırma Merkezi, **KİT’ler ve Özelleştirme: İddialar ve Gerçekler**, Ankara, 1999, s.14

²⁷ Uluatam, **Kamu Maliyesi**, s.36

Aktardığımız bu ayrıma dayanılarak, hangi malların fiyatlandırılabilmesine ilişkin bir şema da çıkarılmaktadır.²⁸

Kamusal-Yarı Kamusal İhtiyaçların Kamu Kesimince Karşlanması

| TÜKETİM BİÇİMİ | PAZARLAMA İMKANI | ÖDETME BİÇİMİ | ÖRNEK |
|-------------------------------|-----------------------------|----------------------------|---------------------------------|
| Toplu tüketim (ülke çapında) | Kullanana ödetme imkanı yok | Parasız | Yasama, dış-ış güvenlik, adalet |
| Toplu tüketim (bölge çapında) | Kullanana ödetme imkanı yok | Parasız | Çevre koruma, yol aydınlatma |
| Kişisel tüketim | Kullanana ödetme imkanı var | Parasız | Karayolları, ilk öğretim |
| Kişisel tüketim | Kullanana ödetme imkanı var | Kısmen paralı | Yüksek öğretim, adalet hizmeti |
| Kişisel tüketim | Kullanana ödetme imkanı var | Paralı fakat kâr amacı yok | Telefon, posta, su, elektrik |

Özel İhtiyaçların Kamu Mülkiyetinde Karşlanması

| | | | |
|-----------------|-----------------------------|------------------------------|----------------------------|
| Kişisel tüketim | Kullanana ödetme imkanı var | Tamamen Paralı ve kâr amaçlı | Kamu iktisadî teşebbüsleri |
|-----------------|-----------------------------|------------------------------|----------------------------|

Kamu kesiminin, kamusal ve yarı kamusal mal üretiminin yanısıra, amaçlarını gerçekleştirmek için piyasaya müdahalelerde bulunma işlevi de bulunmaktadır. Devlet müdahalesinin amaçları, gelir dağılımının değiştirilmesi, dış ticaret dengesinin sağlanması, iktisadi büyüme ve kalkınmanın sağlanması, iktisadi dalgalanmaların, tüketici çarpıklıklarının (erdemli-erdemsiz mallar sorunu²⁹) ve tekellerin yol açtığı sakıncaların giderilmesi gibi nedenlere dayanabilir. Kullandığı araçlar, idare hukukundaki düzenleme işlevine yakın olan dolaysız düzenlemeler, para politikası araçları, maliye politikası araçları ve doğrudan üretime girme (KİT'ler) gibi araçlardır.³⁰

²⁸ **Ibid.**,s.37

²⁹ Erdemli-erdemsiz mallar, niteliği gereği piyasa malı (özel mal) olmakla birlikte, bilgi yetersizliği, değerlendirme yetersizliği veya irrasyonel davranış gibi nedenlerle tüketici davranışlarında oluşan çarpıklıkları düzeltmek için devletin müdahalesine konu olan mallardır. **Ibid.**, 39

³⁰ **Ibid.**, s.37-41

Maliyeciler için, yasama, yürütme ve yargı da kamu hizmeti üreten birimlerdir.³¹ Bu anlayış kamu hizmeti okulu çizgisinde yer alan idare hukuku yazarlarının, tüm devlet etkinliklerini kamu hizmeti olarak değerlendirmelerine benzemektedir.

Özetlemeye çalıştığımız yaklaşımda kamu malları (hizmetleri), piyasanın kurallarının işletilemediği alanlardaki mal ve hizmetleri ifade eder. (Dışlayamama ve dışlama maliyetinin yüksekliği nedeniyle) malların pazarlanamaması ve dışa taşan etkilerin (olumlu ve olumsuz dışsallıkların) hesaba katılamaması nedeniyle ortaya çıkabilecek piyasa yetersizliği (market failure) kamu hizmeti üretiminin varlık nedenidir. Kamu kesimine yani siyasete aktif bir varlık tanınmaz.³² Kamu kesiminin piyasa yetersizliği dışında faaliyet üstlenmesi, düzeltilmesi gerekli istisna olarak algılanır.

Kamu hizmetlerini tanımlamak geliştirilen bu objektif iktisadi yaklaşım çerçevesinde oldukça kolaydır. Buna göre, “‘kamu hizmeti’, ‘kamusal mal’ üreten bir hizmet olarak tanımlanmalıdır.”³³

Pazarlanamazlık, teknoloji bağlantılıdır ve teknoloji tarihseldir. Nitekim, kamu seçimi okulunun Türkiye’deki temsilcilerinden, anayasal iktisatçı Savaş, “devlet görevleri, ülkenin gelişmişlik düzeyine ve topluma egemen olan ideolojilere göre sık sık değişiklik göstermektedir” saptamasını yaptıktan sonra “bugün devletin klasik

³¹ **Ibid.**, s.61

³² “Kamu ekonomisinin görevi ihtiyaçların karşılanmasında piyasa ekonomisinin başarısızlıklarını ve yetersizliklerini gidermektir”, Bulutoğlu, **Kamu Ekonomisine Giriş, Devletin Ekonomik Bir Kuramı**, s.1; Bulutoğlu bu saptamasına karşın, kitabının ilerleyen bölümlerinde piyasa yetersizliği anlayışını aşan bir kamu hizmetleri yaklaşımı geliştirmektedir: “Kamu hizmetlerinin dört temel özelliğinden söz edilebilir: Hizmet faydasının pazarlanamaması, hizmetin ortak tüketim için üretilmesi, hizmetten yararlananların birbirine rakip olmayışı, üretimde ya da tüketimde zorlamaya başvurulması [siyasallık]. Bir kamu hizmetinde bu özelliklerden biri veya bir kaç bulunabileceği gibi, hiçbir de bulunmayabilir. Bu sonuncu halde hizmetin kamusal sayılmasının sebebi bütçe finansmanıdır. Yalnızca zorunlu finansmana dayanan kamusal ya da siyasal talebe bağlılık, tüm kamu hizmetlerini tanımlama gereği kavrayan bir eş tanım niteliğindedir”, s.52.

görevleri arasında sayılıp da özel sektör tarafından yapılmayan iş hemen hemen kalmadığını” belirtmektedir.³⁴ Örneğin yollardan, televizyon yayınlarından yararlanmada dışlama olamayacağı, bu nedenle pazarlamanın da mümkün olmadığı verilen örnekler arasında yer almaktaydı. Gelişen teknoloji sayesinde pazarlanabilme, piyasa için sorun olmaktan çıkmıştır. “Deniz fenerleri, kent kanalizasyon sistemi, barajlar, cadde, sokaklar ve bunların aydınlatılması gibi kamusal mallar [-ki bunlar klasik kamusal mal örnekleridir] bunlardan yararlanan bireylerin ya yapımına katkıda bulunarak ya da kullanırken belli ücret ödemek zorunda kaldıkları ‘piyasa malları’ haline dönüşmüştür.”³⁵ İktisadi/mali yaklaşımı benimseyenlerin, bu durumdan, devletin pazarlanabilir hale gelerek nitelik değiştiren alanlardan biran önce çekilmesi gerektiği sonucunu çıkarmaları doğaldır.

Kamu hizmeti idare hukukunun olduğu kadar kamu maliyesi (kamu ekonomisi veya ve genel olarak iktisat) alanların da kilit kavramıdır. Söz konusu disiplinlerdeki baskın anlayış, faaliyetin niteliğine bakılarak malların basamaklı bir düzlemde sıralanabileceğini kabul eder. Geçiş alanları sorun yaratsa da kamu hizmetlerini belirlemek teknik bir konudur. Devletin iradesi teknik olarak belirlenmiş bu alanın dışına çıkmış olsa bile üstlenmiş olduğu hizmetler kamu malı niteliği taşımaz. Örneğin, Anayasa Mahkemesi tarafından kamu hizmeti olduğu belirtilen su, elektrik ve havagazının kamu malı özelliklerini taşımadığı ve kamu hizmeti olarak nitelenemeyeceği savunulmuştur.³⁶

Saf kamusal malların devletçe kamu hizmeti olarak yerine getirilmesi bir zorunluluktur.

³³ Savaş’a göre bunlar savunma, emniyet ve adalettir, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme ...”, s.94; Uluatam saf kamusal mal olarak sadece dış güvenlik hizmetini kabul etmektedir. Uluatam, **Kamu Maliyesi**, s.37

³⁴ Vural Fuat Savaş, “İktisat Politikası Anayasası”, **Anayasa Yargısı**, sy. 5, Ankara, 1989, s.98-99

³⁵ Savaş, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme ...”, s.94

³⁶ **Ibid.**, s.93

Bunun dışındakilerin devletçe üstlenilebilmesi, malların dışsallıklar yaratması durumunda mümkün olabilecektir. Devlet kamu malları alanını aşır özel mallar alanına taşsa bile ürettiği bu mallar kamusal nitelik kazanmayacaktır. Mallar niteliklerini iktisadi niteliklerinden alır.

Savaş, kamusal mallar yaklaşımı çerçevesinde devletin minimal devlete gerilemesini “kamusal mal ve hizmetlerin yeniden belirlenmesi”ni önermektedir: “Her şeyden önce devletin üretici fonksiyonuna son verilmeli, hiçbir [özel] mal ve hizmet üretiminde bulunmaması sağlanmalıdır. Ayrıca su, elektrik, kanalizasyon, hava ve deniz limanları, ekspres yolları, sulama kanalları ve benzeri ‘bayındırlık hizmetleri’ ile posta, telefon, telgraf, radyo, televizyon ve uydu gibi haberleşme hizmetlerinin hızla, eğitim ve sağlık hizmetlerinin de kademeli bir biçimde piyasa güçlerinin serbest işleyişine bırakılması gerekir. Kısaca devlet; polis, jandarma ve ordu görevleri dışında hiçbir görev ile sorumlu ve yetkili kılınmamalıdır. Adalet görevi, yasaların eşit ve mutlak biçimde uygulanması için devlet eliyle yürütülmeli ancak verdiği hizmetler karşılığı ücret alınmalıdır.”³⁷ Savaş’ta en uç noktada görülen bu yaklaşım, farklı derecelerle yaygınlık kazanmaktadır.

Özetle malların iktisadi tahliline dayanan bu kuramsal çerçevede “devlet, belirli teknik/ekonomik özellikleri yüzünden piyasa tarafından üretilmeyen veya üretildiklerinde karşılaştırmalı maliyetleri yüksek olan mal ve hizmetleri üretmekle yükümlü arazi bir organ durumuna indirge[nebilir.]... Evrensellik iddiasındaki bu teoride ne devletin (ne de ekonomik sistemin) kapitalizm öncesi toplumlardan kapitalist topluma geçişteki esaslı dönüşümünün anahtarını, ne kapitalist sistemin çeşitli gelişme aşamalarına ve evrelerine niçin farklı devlet yapılarının denk düştüğünün cevabını, ne piyasa ekonomisinin (dolayısıyla kapitalist ekonominin) varlığını sürdürebilmesi için devletin varlığının ve gittikçe genişleyen müdahale ağının gerekliliğinin açıklaması bulunmaktadır.”³⁸

³⁷ Vural Fuat Savaş, “Politik Yozlaşma Ortamında Refah Devleti’nden Minimal Devlet’e”, **Türkiye Günlüğü**, sy.30, Eylül-Ekim, 1994, s.17

³⁸ Sönmez, **Kamu Ekonomisi Teorisi**, s.3

B. Devletin İşlevleri/Görevleri Olarak Kamu Hizmeti

Kamu hizmetlerini, teknik bir konu olarak değerlendirmeyip devletin işlevleri açısından ele aldığımızda farklı bir yaklaşım benimsenebilir.

Yüzyıl başında yazılan idare hukuku kitaplarında kamu hizmetleri konusunun, devletin işlevleri bağlamında değerlendirildiği görülmektedir.³⁹

Kamu hizmetleri esas olarak devletin işlevlerine denk düşer. Nitekim idare hukuku yazınında bu denklik sıklıkla vurgulanmıştır. Kamu hizmeti okulunun etkisindeki yazarların eserlerinde, kamu hizmetleri ile devletin işlevleri eşitliği açıkça benimsenmektedir. Bu eşitlik mutlak niteliktedir. Devletin kamu hizmeti niteliği taşımayan bir faaliyetinin olamayacağı kabul edilmekte; yasama, yargı ve yürütme kamu hizmetlerinden bahsedilmektedir. Devletin işlevleri eşittir kamu hizmetleri denkliği diğer yanından da mutlak olarak kabul edilmektedir. Tüm kamu hizmetleri devletin işlevlerine dahildir.

Kamu hizmeti okuluna göre tüm kamu hizmetleri (organik olarak) devletle bağlantılıdır. Bu zorunlu ve mutlak bağlantı görüşü, kamu hizmetleri okulunun çok eleştirilen savlarından biri olmuş; okulun kurduğu bütünsel (sistematik) kamu hizmetleri anlayışının bu mutlak bağlantının gelişmeler karşısında zayıflaması sonucu geçerliliğini yitirdiği söylenmiştir. Bu eleştirilerde haklılık payı bulunmakla birlikte önemli bir husus gözardı edilmektedir. Tüm kamu hizmetleri devletle bağlantılıdır önermesindeki “bağlantı” kavramının niteliği önemlidir. Söz konusu olan, kamu hizmetlerinin bizzat ve bilfiil devlet tarafından yerine getirilmesiyle kurulan bir bağlantı değildir. Özel kişiler tarafından yerine getirilse de devletin içsel denetim yükümlülüğü ve uygulanan kamusal usuller nedeniyle hizmetle devlet arasındaki bağlantı sürecektir. Özetle, hizmetin yürütüm biçimi, devletin işlevleri-kamu hizmetleri bağlantısından bağımsızdır.

Devletin işlevleri ile kamu hizmetleri arasında kurulan eşitlik, idare hukukunun tanımında da kullanılmaktadır. Kamu hizmetleri okulu anlayışında, idare hukuku

³⁹ **infra.** I. bölüm, III. başlık

kamu hizmetleri hukukudur. Devletin işlevleri, kamu hizmetleri ve idari işlev arasında kurulan eşitlik idare hukukunu belirlemektedir. İdare hukuku, devlet hukuku, kamu hukuku düzeyine çıkmaktadır. Devletin işleyişi idare hukuku tarafından kapsanmaktadır. Devletin işlevleri de kamu hizmetlerine indirgenmiştir⁴⁰.

Bu denkliği kuran yazarlar için idare hukukunu ele almak kamu hizmetlerini ele almak demektir. Kamu hizmetleri de devletin işlevlerine bağlı olduğuna göre bu yazarların idare hukukunu ele alışlarında “devlet” kavramına yer vermeleri bir zorunluluktur. Ancak girişte de belirttiğimiz gibi bu zorunluluğu yerine getiren yazarların idare hukukuna yöntemsel zenginlik katmış olduklarını söyleyebilmek hayli zordur.

Kamu hizmetleriyle devletin işlevleri arasında bağlantı kurulması yalnızca kamu hizmetleri ekolünde yer alan yazarlar için geçerli olan bir özellik değildir. İdare hukukunun açıklayıcı kavramının sadece kamu hizmeti olamayacağını savunan yazarlar da kamu hizmeti konusunu kitaplarının bir bölümü olarak ele aldıklarında hizmetlerin nitelik ve niceliğinin benimsenen devlet anlayışına göre belirlendiğini vurgulamaktadırlar. İdare hukukunun açıklayıcı kavramı olarak kolluk veya kamu gücü anlayışını benimseyen yazarlar da idarenin birtakım hizmetler sunduğunu kabul etmekte; idarenin, kamu gücü kullanarak düzenleme işlevi ile hizmet sunma (edimde bulunma) işlevleri arasındaki dengenin benimsenen devlet anlayışına göre değiştiğini belirtmektedirler.

Anayasa Mahkemesi’nin içtihadında da devletin Anayasa’da sayılan görevleri ile kamu hizmetleri arasında bağlantı kurulmaktadır.⁴¹

Özetle idare hukukunda hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, genel olarak idare hukukunda özel olarak da kamu hizmetleri alanında çalışanların devletin

⁴⁰ Almanların, “idare hukuku somutlaşmış Anayasa hukuku”dur deyışı idare hukukunun iskeletini, ana konusunu iyi açıklamaktadır. Anayasa hukuku devletin kuruluş ve işleyiş hukuku olduğuna göre, deyimi farklı şekilde de söyleyebiliriz “idare hukuku somutlaşmış devlet hukukudur”. Bu bağlantıyı kuran Almanların, Fransızların kamu hizmeti okulundan esinlenmedikleri açıktır.

⁴¹ **infra.** II.bölüm, III/C,3

işlevleri konusuna yabancı kalmaları mümkün değildir. Ancak idare hukuku literatüründe bu bağlantının sağlıklı kurulabilmiş olduğu da kabul edilemez. Eserlerde benimsenen klasik kalıp, üç farklı devlet anlayışı (liberal, sosyalist ve karma iktisat [müdahaleci devlet]) saptanıp, bunların karikatürleştirilerek aktarılmasıdır –tabii ki her zaman karma anlayış benimsenmektedir. Saf sosyal kategoriler olamayacağına göre bir devlet anlayışı hangi noktadan itibaren karma nitelik kazanmaktadır sorusu sorulmamaktadır. Üçlemelerinin geçerliliği ve doğru aktarılıp aktarılmadığı sorunları bir yana, aktarılanlarla idare hukukunun ilgisi kurulamamaktadır. Çabalar idare hukukuna yöntemsel bir zenginlik katmamıştır. Yıllar içinde bu tip bölümlerin idare hukuku kitaplarındaki yerlerini nasıl boşluk hissettirmeden terk etmiş oldukları sorusunun yanıtı da buradadır.

Kamu hizmetini devletin işlevleri açısından ele alırken bu üçlemenin kolaycılığını benimsemeden bir değerlendirme yapmaya çalışmak gerekmektedir. Sözkonusu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla, bu üçlemeleri bir kenara bırakarak işlevler üzerinde durmaya çalışacağız.

1. Devletin İşlevleri

Devletin işlevleri konusunu, Eroğul’un geliştirdiği model çerçevesinde ele alacağız.

Bu çalışmada, devletin her döneminde geçerli olan üç işlevi bulunduğu saptanmaktadır. Bir toplumsal nesne olarak devletin doğasını tanımlayan, diğer toplumsal nesneler için olduğu gibi, “onun yaptığı iş, yerine getirdiği görev, oynadığı rol, doldurduğu yer...kısacası işlevidir.” Devletin işlevi, “belli bir üretim biçiminin varlığı ve gelişimi için gerekli koşulları toplumsal çapta sağlama uğraşı” şeklinde tanımlanan siyasettir.⁴²

Devletin üç işlevi saptaması, bu tanımın açılımı üzerine inşa edilmektedir. Üç işlev soyutlaması, zaman ve mekândan bağımsız tarihdışı ideal tipler değildir. Tüm

⁴² Cem Eroğul, **Devlet Nedir?**, 1.B., Ankara, İmge Kitabevi, 1990, s.23

toplumsal örgütlenmelerin temelinde yatan, insanlıkla doğa (-ki bireylerin fizik güçleri de doğa kavramının içindedir) arasındaki savaşı, bu savaşın araçlarını (üretim güçlerini) ve bu savaşın örgütlenme biçimini (üretim ilişkilerini) kısacası üretim biçimini esas alması bu kuramsal inşayı tarihdışı olmaktan kurtarmaktadır. Aşağıda aktaracağımız üç işlev, belirli toplumsal yapıların somutlaştığı her tarihsel durakta farklı şekilde içeriklenmektedir. Ayrıca her tarihsel durak için ayrı içeriklenen (saptanan) bu işlevlerin “gerçekleşme biçimlerinin somutta teşhisi” de ayrı bir sorun oluşturmaktadır.⁴³

Devletin (siyasetin) birinci işlevi: “Toplumsal yaşamını sürdürmesinin temel koşulu doğaya karşı savaşında başarı sağlaması olduğuna göre, üretici güçlerin korunması siyasetin birinci işlevidir. “Üretim güçleri, bir yandan üretim araçlarından, öte yandan da insanlardan (üreticilerden) oluştuğuna göre, siyasetin (devletin – OK) ilk özelliği tüm toplumlarda üretim araçlarının ve üreticilerin korunması ve gelişimi için gerekli koşulları sağlamaktır”. Bu işlev bir bütün olarak üretimin, insanlığın doğaya karşı savaşımının geliştirilmesini hedeflediğinden insanlığın tümünün hizmetindedir.⁴⁴

Günümüzde geçerli olan kapitalist üretim biçimine dayalı toplumsal yapılarda devletin sözkonusu birinci işlevi, “savunma, asayişin korunması, resmi para sağlanması, ulaşımın örgütlenmesi, yasal kuralların hazırlanması” gibi geleneksel hizmetlere ek olarak “serbest pazarın yaratılması, ölçü standartlarının saptanması, eğitim, sosyal güvenlik, bilimsel araştırma vs.” gibi hizmetler şeklinde ortaya çıkar.⁴⁵

⁴³ “Tüm önemli toplumsal işlevler gibi, temel işlevler de çıplak gözle ‘görülmezler’; bunlar daima, toplumsal yaşamın yüzeyinde kaynaşan giderek azalan güçteki yapı ve işlevler aracılığıyla gerçekleşir” **Ibid.**, s.115

⁴⁴ **Ibid.**, s.27

⁴⁵ **Ibid.**, s.115; Wallerstein da, üçlü bir ayrıma gitmemekle birlikte, kapitalizmin ihtiyaçları ile devletin işlevleri arasında bağlantı kurmaktadır: “Devlet kurma süreci tarihsel kapitalizmin gelişiminden ayrılabilen bir süreç değil(-dir). Egemen devletlerin kurulması onlardan birçok hizmet alan kapitalistlerin çok işine yara(-mıştır). Bu hizmetlerin başlıcaları, kapitalistlerin mülkiyet haklarını garanti altına almak, onlara koruma rantı sağlamak, önemli kârlar elde etmek için muhtaç oldukları yarı tekelleri yaratmak, onların çıkarlarını başka ülkelerde yerleşmiş rakip girişimcilerden daha çok kollamak ve

Kuramsal soyutlama düzeyinin bir alt basamağına inilerek, devletin birinci temel işlevinin “gerçekleşme biçimi” saptanmaktadır. “Birinci temel işlevin, üretim güçlerini korumak, yeniden üretmek veya geliştirmek olduğunu biliyoruz. Devletin aşağıda sıralanan öğeleri korumak, yeniden üretmek veya geliştirmek için yapacağı herşey siyasetin birinci işlevine hizmet edecektir: 1) Üreticilerin bedensel, zihinsel veya manevi güçleri: örneğin iç ve dış saldırılardan korunma, tıbbi bakım, önleyici tıp, spor ve beden eğitimi, sağlıklı beslenme, sağlıklı barınma, her türlü kültür hizmeti; 2) Üretimde kullanılan beceriler: örneğin meslek içi eğitim, teknik yarışma, belli yöntemlerin aynı daldaki tüm üreticilere öğretilmesi; 3) Teknolojik bilgi: örneğin teknik öğretim, yetişkinler eğitimi, mesleki bilgi yenilenmesi, bilimsel araştırma, yabancılarla bilimsel araştırma, teknolojik casusluk; 4) Üretimin teknik örgütlenmesi: örneğin türlü işbirliği deneyimleri, küçük birim çalışması, şeritte çalışma yöntemleri. Bunların görece üstünlüklerine ilişkin bilgilerin üreticilere yayılması; 5) Doğal kaynaklar: örneğin çevre korunması, su kaynaklarının korunması, yeni toprakların tarıma açılması, maden arama, yabancı kaynakları edinme; 6) Üretilmiş üretim araçları: örneğin fabrika binaları yapımı, madenlerin işletilmesi, üretim araçları dışalım; (enerji üretimi – OK); 7) İletişim, ulaşım ve taşıma araçları: örneğin kitle iletişim araçları sağlanması, yol, köprü, tünel yapımı, posta hizmetleri, demiryolları, havayolları hizmetleri.”⁴⁶

Bunlar kapitalist üretimin geçerli olduğu bir toplumsal yapıda devletin birinci işlevinin gerçekleşme alanlarıdır. Bu alanlar arasındaki dağılım ve sözkonusu faaliyetlerin somutlaşması bir dizi etmenin devreye girmesiyle gerçekleşir. Sözkonusu faaliyetlerin aktarılanlarla sınırlı olmadığı da açıktır. Örneğin, benimsenen sermaye birikim biçimine göre devletin birinci işlevi farklı alanlarda görülebilir. Türkiye’nin 1980’e kadar benimsediği ithal ikameci sermaye birikim biçiminde devlet, kamu iktisadi teşekkülleri aracılığıyla, “yerli sanayi” için aramalı

güvenliklerini garanti altına almaya yetecek düzeni sağlamaktır.” Immanuel Wallerstein, **Bildiğimiz Dünyanın Sonu, Yirmi Birinci Yüzyıl İçin Sosyal Bilim**, 1.B., İstanbul, Metis Yayınları, 2000, s. 121

⁴⁶ Eroğul, **Devlet Nedir?**, s.117

üretiminde bulunmuştur. Diğer bir örnek de sermaye birikim modelinin bir unsuru olarak, emek süreci örgütlenme biçiminin devletin birinci işlevini farklılaştırabilmesidir. Fordist modelde, devletin eğitim ve sağlık alanında faaliyet göstererek emeğin yeniden üretimi maliyetini düşürmesi (bu ihtiyaçlar için harcanmak üzere daha fazla ücret ödenmesinin önlenmesi, sözkonusu ihtiyaçların maliyetinin kolektifleştirilmesi) önem kazanmaktadır.

Devletin (siyasetin) ikinci işlevi: “Biçimleri ne olursa olsun, üretim ilişkileri daima üretim biçimlerinin ayrılmaz parçasıdır ve tanımımıza göre, siyasetin bir başka ereği de bu ilişkilerin korunması ve gelişiminin sağlanmasıdır.”⁴⁷ Var olan üretim ilişkilerinin sürdürülmesini amaç edinen bu ikinci işlev, birincisinin üretici güçleri koruyarak tüm toplumun çıkarına hizmet etme niteliğinden farklı olarak çelişkili bir nitelik taşır. Sınıfsal karşıtlıkların (ya da genel ifadelerle uzlaşmaz çıkar karşıtlıklarının) geçerli olduğu üretim ilişkileri alanının korunması işlevi “toplumsal çatışma temeline oturur.”⁴⁸ “Sınıf ayrımlı toplumlarda, üretim ilişkilerinin korunmasını ve geliştirilmesini amaç edinen siyasetin ikinci işlevi, zorunlu olarak üst sınıfların hizmetindedir ve alt sınıflara cephe almış durumdadır.”⁴⁹

Egemen üretim ilişkilerinin korunması olarak tanımlanan ikinci işlevin gerçekleşme alanları kapitalist üretim biçiminin geçerli olduğu toplumsal yapılar için şu şekilde saptanmaktadır: “1) Egemen mülkiyet biçimlerinin korunması, kapsamlarının genişletilmesi: örneğin, küçük mülkiyetin ortadan kaldırılması, zoralım, millileştirme, yabancı ülkeleri sömürgeleştirme; 2) varolan iş ilişkilerini güçlendirme: örneğin, yeni iş yasalarının kabulü, sendika çalışmalarının düzenlenmesi, ‘tehlikeli’ siyasal eğilimlerin önlenmesi; 3) bölüşümün egemen sınıf lehine düzenlenmesi: örneğin, pazarın genişletilmesi, menkul değerler piyasasına ‘adil’ kurallar getirilmesi, vergi muafiyetleri, devalüasyonlar.”⁵⁰

⁴⁷ **Ibid.**, s.28

⁴⁸ **Ibid.**, s.32

⁴⁹ **Ibid.**, s.29

⁵⁰ **Ibid.**, s.117

İkinci işlev varolan üretim ilişkilerinin düzenli işlemlerini ve güvenceye alınmasını (korunmasını) sağlayacak her türlü etkinliği devletin görevleri arasına katmaktadır. Bu etkinlikler, sözkonusu işlevin çelişkili doğası nedeniyle “zorlama” karakteri taşır. İkinci işlevin bu niteliğinden farklı olarak birinci işlevin somutlaşma biçimleri daha ziyade “yönetim” karakterlidir. Ancak her iki işlevin birbirinden yalıtık halde bulunduğunu ve saf karakter taşıdığını düşünmek yanıltıcı olacaktır. “Bu görevler birbirinden bağımsız değildir. Siyasal uğraş bunları kaçınılmaz olarak birleştirir ve böylece içten çelişkili bir dizi rol haline dönüşür.”⁵¹ Örneğin, birinci işlevde yer alan, üreticilerin sağlık, eğitim vs... ihtiyaçlarının karşılanmasında hiçbir işlev üstlenmeyen devletin, ikinci işlevi olan varolan (egemen) üretim ilişkilerini korumada zorlanacağı açıktır. Zira, birinci işlev alanında gerçekleştirilen her faaliyet, karşıladığı ihtiyaçlar ve ürettiği meşrulukla ikinci işlevin girdisi olmakta ikinci işlevin zorlama gereksinimini azaltmaktadır.

Devletin (siyasetin) üçüncü işlevi: Devlet sözkonusu iki işlevini yerine getirebilmek için toplumsal karşıtlıkların üzerinde yer almak ve güçlü olmak zorundadır. Üretici güçleri koruma işleviyle hem toplumun tümünün çıkarına hizmet etmek hem de egemen üretim ilişkilerini koruyarak bu ilişkilerin lehine kurulduğu sınıflara hizmet etmek zorunda olan devlet aygıtı, zorunlu olarak toplumun üstüne yükselir. (Bu toplumdan kopukluk ve mutlak yansızlık değildir.) Bu nitelikten siyasal uğraşın üçüncü işlevi çıkar. Devlet ilk iki işlevi yerine getirebilmek için toplumun üstünde örgütlenmek, örgütünü geliştirmek ve güçlü olmak zorundadır.⁵²

Devlet örgütü içinde yer alanlar bu alanın çıkarı için çabalayarak siyasetin üçüncü işlevinin gereklerini yerine getirirler. Bu üçüncü işlevin somutlaştığı alanlar da şu şekilde saptanmaktadır: “1) Yöneticilere, yönetilenler karşısında birlik sağlanması: örneğin, yönetici personel arasındaki uyuşmazlıkların hızlı çözümüne yönelik usuller konması, halk katılımını sağlayan demokratik mekanizmaların kösteklenmesi; 2) devletin eşsiz ideolojik konumu: örneğin, devleti zaafa

⁵¹ **Ibid.**, s.32

⁵² **Ibid.**, s.34

düşürebilecek siyasal akımların yasaklanması, okullarda, iletişim araçlarında, vs. devletin – ve özellikle monarşi, parlamento gibi geleneksel kurumların ‘şanını’ yükseltmeye yönelik sürekli propaganda; 3) kamu gücünün otoritesi: örneğin, ‘yıkıcılığa’ karşı yasalar çıkarılması, ordu ve polisin yetkilerinin artırılması, yargının takdir yetkisinin genişletilmesi, cezaevi örgütünün yaygınlaştırılması; 4) vergi toplama yetkisi: örneğin, vergi ve yükümlülüklerin konması, vergi yönetiminin genişletilmesi, tahsildarın yetkilerinin artırılması.⁵³

Büründüğü somut biçim⁵⁴ ne olursa olsun devlet yukarıda açıklamaya çalıştığımız üç işlevi yerine getirecektir.

Devletin toplumsal yapıda gerçekleştirdiği işlevlerin ve bu işlevleri somutlaştırmak için bulunduğu faaliyetlerin kamu hizmeti kavramıyla ilişkisini kurmak gerekmektedir.

Devletin üç işlevi soyutlamasını inşa eden Eroğul’da kamu hizmetlerine ilişkin açık bir değerlendirme, kamu hizmeti kavramının devletin işlevleriyle ilişkisine ait doğrudan bir açıklama bulunmamaktadır. Kamu hizmeti okuluna atfedilen devlet ile kamu hizmetleri eşitliğine göre, devletin sözkonusu üç işlevi, temel kamu hizmeti alanları olacak, bunların yerine getirilmesi için girişilen faaliyetler de kamu hizmetleri olacaktır. Eroğul’un açık bir değerlendirmesi olmamakla birlikte, birinci işlevi kamu hizmeti olarak değerlendirdiği yönünde yorum yapmamıza olanak tanıyacak ipuçları bulunmaktadır. Devletin temelinde, birinci işlevin gereğini yerine getirmek için kurulmuş ortak organlardan doğduğunu ve daha sonra bu organların varlığını koruduğunu; bunun tek gerekçesinin “meşruiyet kazanma gereği olmadığını” söyleyip dipnotta şu açıklamayı yapmaktadır: “yani ‘kamu hizmeti’, yalnızca ideolojik bir maske değildir. Para gibi, bu rol önemli başka toplumsal

⁵³ **Ibid.**, s.118

⁵⁴ “Devletin somut olarak ne işler gördüğü elbette yönettiği toplumun özelliklerine bağlıdır. Toplumun sınıfsal yapısı, bu sınıfların niteliği, üretim güçlerinin gelişmişlik düzeyi, toplumdaki egemen düşüncü, yöneten ve yönetilenlerin ekin düzeyleri, içinde yaşanan çağın belirgin özellikleri gibi bir yığın etmen”, Eroğul, “Devleti Doğru Algılamak”, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu Girişimciliğinin Geçmişi Bugünü ve Geleceği c.1**, İstanbul, TMMOB-EMO, 1998, s.20

ilişkileri gizlemeye yarasa bile, gerçek bir görev görür (s.118).” Bu açıklamadan devletin “üretici güçlerin korunması ve geliştirilmesi için gerekli koşulları toplum çapında sağlama” olarak tanımlanan birinci işlevinin kamu hizmetlerini ifade ettiği anlamını çıkarabiliriz. Birinci işleve verilen adla “toplumun ortak çıkarlarına hizmet işlevi” kamu hizmetlerine denk düşmektedir. Dipnotta yapılan bu açıklamanın yanısıra, Eroğul’un birinci ve ikinci işlevlerin niteliklerine ilişkin ayrımını da gözönüne alarak ikinci işlevin idare hukukunda kullanıldığı anlamıyla, devletin (idarenin) düzen sağlama faaliyetine denk düştüğü sonucuna ulaşabiliriz. Üretim ilişkilerini sürdürme ve korumayı ifade eden ikinci işlev, üretim ilişkileri alanının çelişkili doğası nedeniyle “zorlama” karakteri taşır. İdare hukukunda da kolluk, düzen sağlama amacıyla bireysel özgürlüklere müdahaleyi ifade eder. İkinci işlevin bu niteliğinden farklı olarak birinci işlevin gerçekleşme biçimleri daha ziyade Eroğul’un terimiyle ‘yönetim’ karakterlidir. Buradaki “yönetim karakterli” ifadesi kanımızca, bireysel hak ve özgürlükleri kısıtlama niteliği taşımayan faaliyetleri anlatmaktadır. İdare hukukunda kamu hizmetleri, özellikle kolluk faaliyetleri, kamu hizmetleri arasında ayrım bulunduğunu kabul eden yazarlarca, bu niteliğiyle tanımlanmaktadır. Buna göre, kolluk faaliyetleri bir kısıtlamayı zorlamayı gerektirirken, kamu hizmetleri zorlamayı gerektirmeyen, topluma sunulan edimlerdir.

İdare hukukundaki kamu hizmeti, kolluk faaliyeti ayrımına ilişkin tartışmaları bir yana bırakarak şu saptamayı yapabiliriz: devletin işlevlerinin gerçekleşme biçimleri arasında fark bulunmaktadır. Düzen sağlama işlevi esas olarak zor kullanma biçiminde ortaya çıkarken, ortak yararı gerçekleştirme işlevi hizmetler örgütleme (yönetme) biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu ayrımlaştırmanın idare hukukundaki yansıma alanı “idari işlev” konusudur. Kamu hizmeti okulu kökenli yaklaşımlar temel (ve tek) idari işlev olarak kamu hizmetini kabul etmekte ve bunu da devletin işlevleri ile eşitlemektedir. Bu durumda, devletin işlevlerinin gerçekleşme biçimlerinin farklılığı karşısında, tek idari işlev anlayışı benimsense dahi bu işlev içinde bir ayrıma gitme zorunluluğu doğacaktır. Nitekim bu anlayışı benimseyen yazarlarda gerçek anlamda kamu hizmetleri (regalyen kamu hizmetleri) ile diğerleri

arasında ayırım yapıldığı görülmektedir. Devletin işlevlerinin farklı gerçekleşme niteliğini idare hukukunda kavramlaştırabilmek için ikinci bir yol da idarenin temel işlevinin kamu hizmetleri ve kolluk şeklinde ikili olduğunu kabul etmektir. Bu ayırımın yerindeliğine, idare hukukunu açıklamada hangisinin ölçüt alınacağına ilişkin tartışmalar bir yana, önemli olan nokta, her iki durumda da devlet işlevlerinin gerçekleşme biçimlerinde ortaya çıkan nitelik farkının bir ayırım ihtiyacı doğuruyor olmasıdır.

Kamu hizmeti-kolluk ayırımını benimseyenlerin bizzat bu tavrı, sökonusu ihtiyacı dile getirdiği gibi, tek işlev olarak kamu hizmetini görenlerin, hizmetler içinde bir ayrıma gitmesi de bu ihtiyacı karşılamaktadır. Anayasamızın benimsediği sistem de böyle bir ihtiyacın varlığını kanıtlamaktadır. Anayasa’da doğrudan kamu hizmeti-kolluk ayırımına gidilmemiş, devletin (idarenin) örgütlenmesi, personeli, işleyişi ve denetlenmesi konularında kamu hizmeti kavramı kullanılarak düzenleme yapılmıştır. Ancak idarenin işleyişi, vatandaşların hak ve yükümlülükleri üzerinde sınırlamalar getiren konularda ayrıca, fakat kolluk kavramına başvurulmadan, düzenlenmiştir. Anayasa’nın temel hakların kullanılmasına, sınırlanmasına ve olağanüstü hallerle ilişkin düzenlemeleri bu niteliktedir.

Devletin birinci ve ikinci işlevlerinin gerçekleşme biçimlerinin farklı nitelikleri saptanmış olmakla birlikte Eroğul tarafından üçüncü işlev bakımından böyle bir saptama yapılmamaktadır. Çelişik nitelikli iki işlevini yerine getirebilmek için devletin, toplumun üzerinde örgütlenmesi, gücünü koruması ve geliştirmesini ifade eden devletin üçüncü işlevi de kamu hizmeti-devlet faaliyeti eşitliğini kuran anlayışa göre kamu hizmeti niteliği taşıyacaktır. Devletin üçüncü işlevinin özelliği devletin “kendi çıkarını korumak ve geliştirmektir”; zira bu sayede devlet toplumun üzerinde ayrı bir yer kazanabilecek, çelişik nitelikteki birinci ve ikinci işlevlerini yerine getirebilecektir. Devletin bu işlevinin “kendi çıkarına hizmet” niteliği, kamu hizmetinin “kamuya hizmet” niteliğiyle çelişik görünmektedir. Örneğin, bu nedenle üçüncü işleve dahil sayılabilecek nitelikte olan, devletin kamusal rejime tabi olmayan taşınmaz mallarını işletmesi faaliyetinin kamu hizmeti olmadığı ileri sürülmektedir.

Egemen görüŖe göre, taşınmaz malını kiraya veren idare kamuya bir hizmet sunmuş olmamakta, kendi malvarlığında bir zenginlik yaratmaktadır, bu nedenle bir kamu hizmeti de sözkonusu değildir. Bu anlayışa, idarenin kamu hizmetlerinden başka bir amacı olamayacağı gerekçesiyle karşı çıkılmaktadır. Buna göre, idarenin kamusal rejime tabi olmayan mallarını kiraya vermesinden elde edilecek gelir nihai olarak kamu hizmeti sunumunda kullanılacağından bu faaliyet de kamu hizmeti olarak değerlendirilmelidir.

Devletin üçüncü işlevi, gerçekleşmesine aracı olduğu diğer iki işlevden bağımsız bir varlık alanına sahip değildir. İçeriksiz bir örgütlenme olamayacağına, devlet sadece içeriksiz bir zorlama gücünün toplum üzerinde örgütlenmesi olamayacağına göre üçüncü işlev içeriğini diğer işlevlerin somutlaşmasında bulur. Örneğin, devlet ayrıcalıklı ideolojik konumunu, diğer iki işlevindeki faaliyetleri aracılığıyla kazanır; kamu gücünün örgütü kolluk, asıl olarak ikinci işlev için faaliyet gösterir; kendisine ayrıcalıklar sağlanan devlet personeli iki temel işlev alanının birinde görev üstlenmiş kişilerdir. Örgütün bir kez doğduktan sonra işlevleri gerekleriyle bağlantısını kopararak sürekli genişleyeceği ilkesini kabul etsek bile her örgütün mutlaka bir işleve denk düştüğü, tek işlevi yalnızca kendi kendini derinleştirip genişletmek olan bir örgütlenmenin bulunmayacağı açıktır. Üçüncü işlevin bağımsız bir gerçekleşme biçimi kazandığı izlenimini doğuran durumlar bulunmakla birlikte bu durumlarda da diğer işlevlerle bağlantılar korunmaktadır. Örneğin, “devlet personel dairesi” adlı bir örgütlenme, sadece devlet personelinin statüsüyle ilgilenmesi nedeniyle üçüncü işlevin yalın bir gerçekleşmesi olarak değerlendirilebilirse de bu yaklaşım sözkonusu personelin devletin diğer işlevlerinin yerine getirilmesinde araç olduğunu gözönüne almadığından yanıltıcı olacaktır.

Üçüncü işleve içeriğini kazandıran işlevin gerçekleştiği alanlar değil gerçekleşme biçimidir. Memur örneğini sürdürürsek memurların yargılanmasında ayrıcalıklı özel bir yöntem öngörülmüş olması, üçüncü işlevin gerçekleşme biçimidir. Memurların faaliyeti birinci ve ikinci işlevlerin alanında gerçekleşiyor olabilir. Örneğin yargı örgütlenmesi hem birinci işlevin gerçekleşmesine aracılık etmekte

(temel üretici güç olan insanın can ve mal güvenliğinin güvencesi, bunu ihlal edenin yargının müdahalesiyle karşılaşacak olmasıdır) hem de üretim ilişkilerinin korunmasını ifade eden ikinci işlevin gerçekleşmesine aracılık etmektedir (mülkiyet ve ticaret rejiminden doğan uyuşmazlıklar yargıda çözülür). Ancak tüm yargı faaliyetlerinin törensel nitelikte cereyan etmesi, devasa binalar, özel giysiler, ayrı bir hukuk dili, saygının yasalarla zorunlu kılınmış olması, adalet mülkün temelidir gibi ideolojik destekler, özel yargı düzenleri, idarenin ayrı bir yargıya tabi olması gibi özellikler üçüncü işlevin gerçekleşme biçimidir. Bu niteliği nedeniyle ki, üçüncü işlev, esas olarak ikinci işlev için sözkonusu olan “zorlama” ile asıl olarak birinci işlev için sözkonusu olan “yönetme (hizmet sunma)” niteliklerini taşıyabilir. İdare açısından değerlendirildiğinde de devletin üçüncü işlevi özgün ve ayrı bir idari işleve denk düşmez.

Vurgulanması gereken önemli bir nokta da yukarıda aktarılan kavram ve kategorilerin saf olmadığı; somut düzeylere inildiği oranda iç içe geçtiği ve birlikte bulunduğu.

Kimi maliyeciler/iktisatçılar tarafından devletin işlevleri, kamu kesiminin faaliyetlerini açıklamada kullanılmaktadır. Örneğin devletin (kamu kesiminin) temel işlevi, kârlı sermaye birikiminin olanaklı olabileceği ve sosyal uyumu sağlayan koşulları oluşturmak ve sürdürmek olarak tanımlanmaktadır.⁵⁵ Malların iktisadi ayırımına sıkışmayan bu yaklaşımda, devlet piyasa yetersizliğiyle, pazarlanamazlıkla ve dışsallıklarla tanımlanan ve esasen piyasa dışında yer alan, kamu mallarıyla sınırlanmamıştır. Devlet serbest piyasa ekonomisindeki aksamaları gidermek için “dışardan” müdahale etmemektedir. “Devlet ekonomik, toplumsal, kültürel ve politik yaşamın tam ortasında yer almaktadır ve dolaylı-dolaysız biçimde etkin bir işleve sahiptir.”⁵⁶

⁵⁵ Sönmez, **Kamu Ekonomisi Teorisi**, s.14

⁵⁶ “Bu bağlamda devletin özellikle gelişmiş ülkelerde aşırı sermaye birikiminin ortaya çıkardığı yapısal sorunların çözümü doğrultusunda müdahale ettiği gözlenmektedir. ... Sermayenin organik bileşiminin yükselmesi sonucu ortaya çıkan ortalama kâr oranındaki düşme eğilimine karşı koyan etkenlerin başında devlet müdahalesi gelmektedir. ... Müdahale

Devletin işlevlerine ilişkin olarak yapılan saptamalar kamu hizmeti kavramının idare hukukundaki teknik niteliğine ilişkin “doğrudan” açıklamalar üretmese bile, kavramın yer aldığı bağlamı tanımlamaktadır.

Kamu hizmeti kavramının yaşam alanı sadece idare hukuku değildir. Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi farklı disiplinlerde farklı adlarla önemli inceleme konusu oluşturmaktadır. İdare hukukuna girmesi ve sistemleştirilerek idare hukukunun açıklayıcı temel kavramlarından biri veya temel kavramı haline gelmesi, daha sonra kamu hizmeti olarak nitelenecek olan kamusal faaliyetlerin sayıca ve nitelikçe gelişmesinin ardından gerçekleşmiştir.

Tüm hukuksal kavramlar gibi kamu hizmeti de toplumsal gerçeklikteki bir olgunun hukukileştirilmesini ifade eder.⁵⁷ Pek çok toplumsal olgu hukuk tarafından düzenlenmektedir. Hukuki düzenleme zorunlu olarak egemenin (devletin) iradesi olarak ortaya çıkar. Düzenlemeye, diğer toplumsal düzenlemelerden ayırarak hukukilik özelliğini veren de budur. Ancak, düzenlemenin içeriği kural koyucunun keyfi seçimlerinden değil toplumsallıktan (toplumsal olgulardan) gelmektedir.

Pek çok toplumsal olgunun hukuksal izdüşümü bulunmakta; tüm hukuksal düzenlemeler toplumsal olguları içermektedir. Bu nedenle hukuksal kavramlar üzerine yapılan çalışmalar kavramların toplumsal kökenlerine duyarsız kalamazlar. Gerçekte bu konu da hukukun kaynağına ilişkin tartışmalarla bağlantılıdır. Bu tartışmanın en yoğun yaşandığı dönem olan 19. yüzyıl sonu - 20. yüzyıl başı, aynı zamanda devletin faaliyetlerinde bir artış ve çeşitlenmenin yaşandığı dönemdir.

2. Devletin Görevleri

Kamu hizmetleri konusunun, hukuk dışı dalların verileriyle bağlantısını kuran tek hukuki yaklaşım Duguit’de bulunmaktadır. Duguit’de kamu hizmetleri, toplumsal

ile kamu kesimindeki sermayenin değer yitirmesi sağlanmakta, böylece özel kesimdeki büyük sermayenin rantabilitesi ve kâr oranı artırılmaktadır.” **Ibid.**, s.17

⁵⁷ Toplumsal ilişki ve kural arasındaki ilişki için bkz. E. Pasukanis, **La théorie générale du droit et le Marxisme**, Paris, EDI, 1970, s.75 vd.

dayanışmanın, toplumsal işbölümü sonucu zor kullanma tekeli elinde tutanlara yüklediği görevler olarak algılanmaktadır.

Duguit kamu hizmeti kavramını devletin ve tüm kamu hukukunun açıklayıcısı olarak kullanırken bu kavramı toplumsal köklerinden koparmadan ele almıştır. Duguit, idare hukukunun ana damarlarından biri olarak kabul edilen kamu hizmeti okulunun kurucusu olarak nitelense de, sözkonusu okulun onun dışındaki üstatlarının görüşleri ve okulun genel çizgisi, Duguit'nin kamu hizmeti anlayışından oldukça farklıdır.⁵⁸ Kamu hizmeti kavramı Duguit'nin bağlantılamaya çalıştığı toplumsal kökenlerinden tamamen koparılmış; kendi kendini besleyen salt hukuki bir kavrama indirgenmiştir (bu yaklaşım bir sonraki başlıkta ele alınacaktır).

Duguit'nin inşa etmeye çalıştığı kamu hizmetleri anlayışı Kamu Hizmeti Okulu'nun teknik kamu hizmetleri anlayışından farklıdır. “Hukukçu olmaktan çok bir sosyolog ve felsefeci olan Duguit devletin dönüşümüyle ilgilenmiştir.”⁵⁹ Duguit denince, devletin ve hukukun doğası konusundaki görüşleri akla gelmektedir. Devletin (ve idarenin) açıklayıcı unsuru olarak egemenlik anlayışı yerine toplumsal dayanışmanın gereklerini yerine getirme görevini geçirmesi, öğretisinin çığır açıcı yönüdür. Duguit'ye göre modern devlet sadece egemenliği kullanan, üstün emretme gücü olan bir varlık değildir; devlet toplumsal dayanışmanın gereklerini yerine getirmek görevini üstlenen kişiler toplamıdır. Duguit, devletin açıklayıcısı egemenlik anlayışını, kamu hukukunun (ve idare hukukunun) açıklayıcısı olarak da kamu gücü anlayışını aşmaya çalışmıştır. Toplumsal dayanışmadan kaynaklanan kamu hizmeti,

⁵⁸ Duguit'de kamu hizmeti daha ziyade sosyolojik bir kavramdır. Hukuki boyutunu ve sonuçlarını geliştiren Jèze'dir. Bu nedenle, Lucien Sfez tarafından, Duguit'ye Kamu Hizmetleri Okulu'nun kurucusu sıfatının atfedilemeyeceği görüşü savunulmuştur. Bkz. Evelyne Pisier-Kouchner, **Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit**, Paris, LGDJ, 1972, s.20

⁵⁹ J-M. Auby- R.Ducaos-Ader, **Grands services publics et entreprises nationales**, PUF, Paris,1969, s.25; Blanquer, Duguit'nin kamu hizmeti anlayışını felsefi, sosyolojik ve politik bir çalışmanın ürünü olarak değerlendirmektedir. Jean-Michel Blanquer, “Léon Duguit et le lien social”, in **Service public et lien social**, Paris, L'Harmattan, 1999, s.88

iktidarın hem temeli hem de sınırır. Duguit hem yönetenlerin iktidarının varlık nedenini hem de bu iktidarın sınırlanmasını kamu hizmetleriyle açıklamaktadır.⁶⁰

Duguit'nin devlete ve kamu hizmetlerine ilişkin görüşleri, esas olarak, hukukun niteliğine (kaynağına) ilişkin düşüncesinden kaynaklanmakta onun üzerine oturmaktadır. Devlet ve hukuk öğretisini "hukuki kavramların sosyolojik doğası" üzerine inşa etmeyi amaçlamıştır.⁶¹

Duguit, objektif hukuk - sübjektif hukuk ayırımına gitmekte, hukukun toplumsal temellerini aramaktadır. "Objektif hukuk" ya da "hukuk kuralı" toplumda yaşayan bireylere zorlanan davranış kuralıdır ki, bu kural belirli bir zamanda, toplum tarafından adil ve ortak yarara uygun kabul edilmiştir. Bu kuralın ihlali halinde, ihlalcıye karşı kolektif bir tepki doğar ... (Sübjektif hukuk ise) toplumda yaşayan bireyin, istenilen şey ve amaç objektif hukuka uygun olduğu oranda iradesinin sonuçlarının toplumsal tanınmasını isteme gücüdür."⁶²

Duguit Alman okulundan farklı olarak, hukukun devletten önce ve devletin üzerinde olduğunu savunmaktadır. "Hegel ve Jhering'e göre, hukuk devlet tarafından yaratılır ve ancak devlet tarafından formüle edilip yaptırıma bağlandığı zaman varlık kazanır."⁶³ Bu görüşleri "bireyci" olarak niteleyen Duguit, bunların karşısına toplumcu hukuk öğretilerini koymaktadır. "Bireyci öğretilerin karşısında yer alan toplumcu öğretiler toplumdan yola çıkıp bireye varan; objektif hukuktan sübjektif hukuka varan; toplum halinde yaşayan insanın uymak zorunda olduğu kuralların bulunduğunu ve sübjektif hakların da bu yükümlülüklerden doğduğunu kabul eden öğretilerden oluşur."⁶⁴

⁶⁰ Leon Duguit, **Traité de droit constitutionnel**, 3.B., Paris, 1918, s.62'den aktaran Pisier - Kouchner, **Le service public dans ... Duguit**, s.17

⁶¹ Pisier-Kouchner, **Le service public dans...Léon Duguit**, s.7

⁶² Leon Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, 4.B., Paris, 1923, s.1

⁶³ **Ibid.**, s2

⁶⁴ **Ibid.**, s.6

Duguit hukukun kaynağını egemenin iradesinde değil toplumsal kuruluşa görmekte; toplumda hukuku yaratanın ise “toplumsal dayanışma” olduğunu saptamaktadır. İnsan, sadece toplum halinde yaşayabildiğine göre; nesnenin doğası gereği, kişiye kendini dayatan davranış kuralına uymak zorundadır. Buna göre birey, toplumsal dayanışmaya zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak ve toplumsal dayanışmayı gerçekleştirip geliştirecek davranışlarda bulunmak zorundadır. Duguit’nin pozitif hukuktan farklı bir anlam verdiği objektif hukuk da bu zorunluluklardan başka birşey değildir. Toplumsal dayanışmanın gerçekleştirilmesinden doğan davranış kurallarını ifade eden objektif hukuk pozitif hukukun kaynağını oluşturmaktadır. Objektif hukuk, pozitif hukuka kaynaklık ettiği gibi ona uygulama gücünü ve meşruiyetini de verir. Pozitif hukuk ancak objektif hukuk kuralının ifadesi ve uygulayıcısı olduğu oranda meşrudur.⁶⁵

İktidara, yönetenlere meşruiyetini veren objektif hukuku gerçekleştirme amacını taşımalarıdır.⁶⁶ “Yasa bağlayıcılığını yönetenlerin iradesinden değil toplumsal dayanışmaya uygunluğundan alır. Bu nedenle yasaları koyanlar da diğer bireyler gibi bunlara uymak zorundadırlar.”⁶⁷ Duguit yönetenlere, objektif hukuka uyarak sürekli bir meşruiyet arayışı yükümlülüğü getirdiği ve yürürlükteki kuralların dışında bir hukuka atıf yaptığı için “anarşist” olarak nitelenmektedir.⁶⁸ Bununla

⁶⁵ **Ibid.**, s.10

⁶⁶ **Ibid.**, s.25

⁶⁷ **Ibid.**, s.34

⁶⁸ Örneğin Esmein Duguit’yi “*chimère anarchiste*” olarak nitelemekte; Michoud Duguit’nin geliştirdiği hukuk anlayışını, “tam anlamıyla anarşik bir kuram” olarak değerlendirmektedir. İlginç bir tarihi olay: Fidel Castro, Devrim öncesi, 1953 yılında, Moncada Kışlası saldırısı nedeniyle yargılanırken Duguit’nin Anayasa Hukuku kitabına göndermede bulunarak savunma yapıyordu. Castro, yaptığı eylemin “hukuka” uygun olduğunu ancak hiçbir mahkemenin bunu saptamaya cesaret edemeyeceğini iddia ederken Duguit’nin “başkaldırı başarısız olursa, tiranca bir yönetimi devirme girişiminin meşru olduğuna ve devlet güvenliğine karşı bir komplo bulunmadığına karar vermeye hiçbir mahkemenin cesaret edemeyeceği” saptamasını aktarmaktadır. Castro devletin kurmuş olduğu hukuk düzeni dışındaki bir “hukuka” göndermede bulunarak “yasadışı” eylemini meşrulaştırmaya çalışmış ve Duguit’nin görüşlerini kullanmıştır. Bkz. Pisier-Kouchner, **Le service public dans...Duguit**, s.1-3; Gerçekte Duguit solidarist ve korporatist görüşleriyle, liberalizmi ve

birlikte Duguit, anarşi ve düzensizlikten çekindiği için yönetenlerin işlemlerine objektif hukuka uygunluk karinesi verir; yönetilenler bu işlemlere uymalıdır.

Duguit'nin özetlemeye çalıştığımız bu görüşleri, hukukun kaynağı ve niteliği konusundaki yaklaşımını ifade ettiği gibi kamu hizmeti anlayışının da temelini oluşturmaktadır.

Duguit'nin anlayışında kamu hizmeti, devletin kurucu unsurlarından biridir. Duguit, ülke ile birlikte kamu hizmetini de devletin kurucu unsurları arasında saymakta; egemenliği ve kamu gücünü devletin kurucu unsurları arasından çıkararak bunların yerine kamu hizmetini koymaktadır. Ona göre, yöneten yönetilen ayrımına dayanan zor kullanma tekeli, zor kullanma (kamu gücü kullanma) hukuki bir “işlev” değildir.⁶⁹ Bu gücün varlığı kamu hizmetlerine aracılık etmesiyle açıklanır. “Yönetenlerin kullandığı zor yetkisinin (gücünün: *puissance de contrainte*) konusu kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve kontrolüdür.”⁷⁰

Duguit, “kamu gücü” kavramını da kabul etmemektedir. “Yönetenler de diğerleri gibi bireyler olduğundan, varolmayan bir kolektif kişinin organları ya da temsilcileri olmadıklarından kamu gücü de sözkonusu değildir.”⁷¹ Yöneten, toplumsal işbölümünden kaynaklanan bir zor kullanma tekeline sahiptir ve bunun kullanılması da ancak objektif hukuka uygun olduğu ve kamu hizmetlerinin gerçekleşmesine aracılık ettiği oranda meşrudur. Duguit, kamu gücünü kamu hizmetinin yanında ona ek bir hukuki işlev saymadığından, idarenin düzen sağlama faaliyeti olan kolluğu da ayrı bir işlev olarak değerlendirmemiştir. İdarenin kolluk faaliyetlerini “özgürlükler” başlığı altında ele almaktadır. Özgürlüklerin hukuki rejimini anlatırken *régime de droit-régime de police* ayrımı yapmakta; kolluk

marksizmi redderek toplumsal gelişmeler karşısında devleti sağlamlaştırmaya çalışmıştı. Bkz. Blanquer, “Léon Duguit et le lien social”, s.79

⁶⁹ Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, s.40

⁷⁰ **Ibid.**, s.51

⁷¹ **Ibid.**, s.65

kavramının, özgürlüklerin kullanılmasına idarece getirilen sınırlamaları ifade ettiğini belirtmektedir.⁷²

Özetle Duguit, devletin kurucu unsuru olarak gücü değil, toplumsal dayanışmadan kaynaklanan kamu hizmetlerini kabul etmektedir.⁷³ Duguit'ye göre “devlet isteğimizin ve sandığımızın aksine bir güç, bir egemenlik değil, yönetenler tarafından örgütlenen ve kontrol edilen kamu hizmetleri birliğidir (*cooperation*).”⁷⁴ Bu bağlamda zor kullanma ayrıcalığını taşıyan idare edenler de faaliyetlerinde serbest değildir, kamu hizmetinin yerine getirilmesi göreviyle bağlıdır.

Duguit'nin klasik tanımına göre “kamu hizmeti, karşılıklı toplumsal bağımlılığın (toplumsal dayanışmanın -OK) gerçekleşmesi ve gelişmesi için kaçınılmaz ve niteliği gereği tam olarak gerçekleştirilebilmesi ancak yönetici gücün devreye girmesiyle mümkün olması nedeniyle yönetenlerce sağlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken faaliyetlerdir.”⁷⁵ Tanımda iki temel unsur bulunmaktadır. Birincisine göre, sözkonusu faaliyet toplumsal dayanışma için kaçınılmaz nitelik taşımalıdır. Böylece toplumsal dayanışmanın gerekleri ile kamu hizmetleri arasında bağlantı kurulmaktadır. İkinci temel unsura göreyse, sözkonusu faaliyet ancak devlet gücü kullanılarak yerine getirilebilecek nitelikte olmalıdır. İkinci unsur piyasa yetersizliği görüşünün farklı bir ifadesidir.

⁷² **Ibid.**, s.225,vd.

⁷³ Devletin görevi, milletin yaşamasını sağlayacak sosyal dayanışmayı gerçekleştirmektir. Sosyal dayanışma hizmet müdahalesi ile gerçekleşir. Sosyal hayat için sürekli gerçekleşmesi gerekli olan bu faaliyetlerdir ki kamu hizmetlerinin konusunu teşkil ederler. Böylece idare edenlerin vazifeleri kamu hizmetlerinin işlemlerini sürekli olarak sağlamak borcu ile özetlenebilir.” Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, Çeviren Süheyp Derbil, Ankara 1954, s.75

⁷⁴ Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, s.72

Devletin işlevleri ve bu işlevlerin kaynağı konusunda farklı bir anlayışa sahip olan Eroğul da devletin zor kullanma tekeli konusunda benzer bir sonuca varmaktadır. Güç devletin doğasındadır. Ayrı bir işlev değildir. Devlet hem kendi yapısına hem de toplumla ilişkilerine damgasını vuran buyurma-boyun eğme ilişkisi olmadan yaşayamaz. Ne ki bu özellik devletin anatomisinden gelmez: kaynağı devletin doğasıdır ...”, Cem Eroğul, **Devlet Nedir?**, 127

⁷⁵ Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, s.72

Duguit tanımının belirsiz olduğunu ve kamu hizmetlerini saptamaya yetmediğini kabul etmekte; bununla birlikte kurduğu modelin önemli ve açıklayıcı olduğunu ileri sürmektedir. “Yönetenler için yerine getirilmesi zorunlu faaliyetler nelerdir sorusuna kesin bir yanıt verebilmek mümkün değildir. Bu değişken ve evrimci bir konudur. Söylenecek tek şey uygarlığın gelişmesiyle hizmetlerin artmakta olduğudur.”⁷⁶ Duguit bir kamu hizmetleri listesi çıkarmamıştır.

Öğretide Duguit’nin objektivist bir kamu hizmeti anlayışına sahip olduğu; kamu hizmetlerinin belirlenmesinde yönetenlerin (yasakoyucunun) iradesini yani subjektif yönü gözönüne almadığı görüşü egemendir. Oysa Duguit kamu hizmetlerinin yönetenlere toplumsal dayanışmanın gerekleri tarafından dayatıldığını kabul etmekle birlikte, bu hizmetlerin fiilen üstlenilmesinde yönetenlerin rolünü de açıkça belirtmektedir. Duguit’nin hukuk anlayışında, toplumsal dayanışmanın gereklerinden kaynaklanan davranış kurallarını ifade eden objektif hukuku, pozitif hukuk olarak formüle edip yerine getirmek yönetenlerin görevidir. “Kamu hizmeti, Duguit’nin toplumsal dayanışma dediği genel rasyonalitenin gerçekleşmesi için yönetenlerce yapılması gereken faaliyetlerdir ... fakat kamu hizmetlerini saptamak yönetenlerin yetkisindedir, zira toplumsal dayanışmada bu görev onlara verilmiştir. Genel tarihsel rasyonalite, toplumsal dayanışma tarafından üretilen gereklilik ile yönetenler tarafından yapılan saptamalar arasında sürekli bir sapma olmasına engel olmaktadır. Bu sapmanın yaşandığı durumlarda, yönetilenlerin isyanı gibi mekanizmalar bir süre sonra dengeyi sağlar.”⁷⁷ Duguit, kamu hizmetlerinin belirlenmesinde yönetenlerin iradesini kabul etmekte, ancak bunun toplumsal dayanışmanın gerekleriyle sınırlı olduğunu ve zaman zaman düzeltildiğini ileri sürmektedir.⁷⁸ Kamu hizmetlerinin formülasyonu da bağlayıcılığını ve meşruiyetini yönetenlerin iradesinden değil toplumsal dayanışmaya uygunluktan almaktadır.

⁷⁶ **Ibid.**, s.73

⁷⁷ Alain-Serge Mescheriakoff, **Droit des services publics**, 2.B., Paris, PUF, 1997, s.43

⁷⁸ Onar, 1938 tarihli eserinde Duguit’nin görüşlerini hiçbir atıf yapmadan şöyle özetliyor: “Duguit’ye göre âme hizmet, idare edenler tarafından ifası temin, tanzim ve murakabe edilmesi lâzım gelen tekml faaliyetlerdir, bu faaliyetler cemiyetin ve içtimaî rabitaların

Kamu hizmetlerinin belirlenmesi konusunda Duguit'nin görüşlerini salt objektivist olarak değerlendirmek doğru olmayacaktır. Toplumsal dayanışmanın gerçekleşmesi ve gelişmesi için kaçınılmaz olan ve gerçekleştirilebilmeleri yönetenlerin gücünü gerektiren faaliyetlerin neler olduğu yine yönetilenlerce belirtilecektir. Elbette toplumsal dayanışmanın gerekleriyle sınırlı ve toplumsal dayanışmanın aksamamasının doğuracağı olumsuz sonuçlarla yaptırıma bağlanmış olarak yapılacaktır bu belirleme.⁷⁹

Bu sübjektif belirleme unsuru Duguit'nin anlayışında kamu hizmetinin genişlemesini sağlamaktadır. Bu sayede Duguit'nin modeli, sadece ve sadece faaliyetin (iktisadi) niteliğine bakan, kamu hizmetlerini salt ortak mallarla sınırlayan ve hizmetlerin belirlenmesinde siyasal unsuru devre dışı bırakan görüşlerden farklılaşmaktadır. Yaptığı ayırım, genel kabulün aksine, sübjektif unsurun gözardı edilmediğini ortaya koymaktadır.⁸⁰ Buna göre, “bireyler tarafından serbestçe yerine getirilen kimi faaliyetler de yönetenler ve görevlileri (*agents*) tarafından yerine getirildiği oranda kamu hizmetinin konusu olurlar. Eğitim ve sosyal yardım gibi ... Fakat yerine getirilmeleri gerçek anlamda yönetenlerden talep edilen (yönetilenlere düşen) hizmetlerin olduğu da bir gerçektir. Bu hizmetler yöneten yönetilen ayrımının unsurlarındandır. Bu nitelikte üç temel hizmet sözkonusudur. 1. Toplumun (topluluğun, *collectivité*) dış düşmana karşı korunması. Devletin ilk halinden beri savaş hizmeti (*le service de la guerre*) bir kamu hizmeti olmuştur. 2. Toplumsal

inkışaf ve tekamülü için zorunlu olan faaliyetlerdir ve bunlar ancak hükümet kuvveti ile ifa edilebilirler. ... Fakat hangi ihtiyaçlar bu dereceye yükselmiştir ve binaenaleyh âmme hizmeti kategorisine girmiştir? Duguit buna kat'î cevap verilemeyeceğini söylüyor. Yalnız medeniyetin seviyesi yükseldikçe âmme hizmetlerinin arttığını ve içtimaî vaziyete göre bu ihtiyaçların kendilerini birer âmme hizmeti olarak kabul ettireceğini söylemekle iktifa ediyor; cemiyetin ve içtimaî rabıtalı kuvvetlenmesini ve inkışafını temin ile mükellef olan idare edenlerin bunları bulmak ve bir âmme hizmeti olarak ifa etmekle mükellef bulunduklarını söylüyor”, Sıddık Sami Onar, **İdare Hukuku, I inci cilt, I.Kısım, Umumî Medhal**, 1938, s.178

⁷⁹ Bu anlamda Duguit yönetenlere bir “kuruculuk gücü” vermemekte, yönetenlerin, objektif hukuku saptamaları gibi kamu hizmetini de “saptamalarından” söz etmektedir. Pisier-Kouchner, **Le service public dans ... Léon Duguit**, s.158

⁸⁰ Pisier-Kouchner de Duguit'de kamu hizmetinin organik [sübjektif] ve maddi [objektif] kavranışının bir arada bulunduğunu saptamaktadır. **Ibid.**, s.145

güvenlik, huzur ve düzeni sağlama faaliyetlerini ifade eden kolluk (*police*) hizmetleri. 3. Adalet hizmetleri.”⁸¹

Bu ayırlamayla Duguit kamu hizmetleri için iki farklı kategori yaratmaktadır. İlki zorunlu olarak yönetenlere düşen, yöneten-yönetilen ayrımının varlık nedenini oluşturan işlevlerden kaynaklanan hizmetler. İkincisi, yönetenlerin toplumsal dayanışmanın gerçekleşmesi ve gelişmesi için gerekli görerek iradi olarak üstlendikleri, aynı zamanda yönetilenler tarafından da gerçekleştirilebilen faaliyetlerdir. “Bir hizmetin kamu hizmeti olması, yönetilenler tarafından örgütlenmesi ve yönetenlerin kontrolünde işlemesi anlamına gelir.”⁸²

Duguit’nin anlayışında kamu hizmeti kavramının hukuki nitelik taşımadığı ve kamu hizmeti olarak tanımlanan kamusal kurum ve etkinliklere özel bir hukuki rejim uygulanmasını öngörmediği öğretideki yaygın yanlışlardan bir diğeridir.⁸³ Kamu hizmeti kavramının Duguitçi anlamının hukuki nitelik taşıyıp taşımadığı sorusunu ilerde ele almak üzere bir kenara bırakarak, öncelikle Duguit’nin kamu hizmetlerinin hukuki rejimine ilişkin görüşlerini saptamaya çalışacağız.

Duguit, kamu gücünün bir ayrıcalığı anlamında, kamu hukuku - özel hukuk ayrımını reddeder. Duguit’ye göre özel hukuk-kamu hukuku ayrımının temelinde hukukun devlet tarafından yaratıldığı anlayışı yatmaktadır. Bu anlayışa göre, “özel hukuk devlet tarafından, bireyler arası ilişkilere getirilmiş düzeni ifade ederken kamu hukuku devletin kendi isteğiyle kendi gücüne sınır olarak getirdiği kuralları ifade eder.”⁸⁴ Aksine Duguit’ye göre, yönetenlerin hukuk kurallarına tabi olması kendi isteklerinden kaynaklanmaz; yönetenler de diğer bireyler gibi sosyal dayanışmadan kaynaklanan kurallara tabidirler. Duguit kamu hukukunun varlığını kabul etmekte, ancak kuralların kaynağı ve bağlayıcılık gücü bakımından özel hukuktan

⁸¹ Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, s.74-75

⁸² **Ibid.**, s.75

⁸³ Örneğin, Gilles J.Guglielmi, **Introduction au Droit des services publics**, Paris, LGDJ, 1994, s.23

⁸⁴ Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, s.43

farklılaşmadığını belirtmektedir. “Kamu hukuku da özel hukuk da toplumsal dayanışmayı gerçekleştirmeye ve geliştirmeye dayanır.”⁸⁵ Devletin objektif hukuku olarak nitelediği kamu hukukunu “devlete, bizim anlayışımıza göre yönetenlere ve görevlilerine (zira *Duguit* devletin bir soyutlama olduğunu, zor tekeline kullanan bireylerden, yönetenlerden oluştuğunu savunmaktadır -OK) kendi ve bireylerle aralarındaki ilişkilerde uygulanan kurallar bütünü” olarak tanımlanmaktadır.⁸⁶

Yöneten-yönetilen ayrımına dayanan zor kullanma tekeli, yönetenlerin tüm faaliyetlerinde kendini gösterecek, onların işlemlerini diğerlerinin işlemlerinden farklılaştıracaktır. Duguit’ye göre, “yönetenlerin kullandığı zor yetkisinin (gücünün) konusu kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve kontrolüdür.”⁸⁷ Kamu hizmetlerinin yönetenlerce örgütlenmesi ve kontrolüne ilişkin her faaliyet özü gereği “zor” niteliği taşıyacaktır. Nitekim Duguit, idare hukuku anlayışında bir dönem geçerli olan hakimiyet tasarrufları ile temsilyet⁸⁸ tasarrufları ayrımının geçersizliğini açıklarken, yönetenlerin tüm tasarruflarında zor kullanma unsurunun bulunduğunu belirtmektedir. “Hakimiyet hizmetleri (*les services d’autorité*) ile temsilyet hizmetleri (*les services de gestion*) arasında ayrıma gidenler kolluk, savunma ve adalet hizmetlerini hakimiyet hizmetleri olarak kabul etmişler ve bu hizmetleri konu alan işlemleri hakimiyet işlemleri saymışlardır. Ancak gerçekte bu ayrım anlamlı değildir zira diğer hizmetlerde de devlet gücü sözkonusu değilse devletin bu alanlarda yer almasının anlamı kalmayacaktır.”⁸⁹ Devletin (yönetenlerin), bir hizmeti kamu hizmeti olarak örgütlemesi ve kontrol etmesinin anlamı o hizmetin yönetenlerin zor kullanma tekeline belirli oranlarda gereksinmesidir.⁹⁰ Kamu hizmeti faaliyetlerinde

⁸⁵ *Ibid.*, s.42

⁸⁶ *Ibid.*, s.40

⁸⁷ *Ibid.*, s.51

⁸⁸ Temsilyet yönetme, yürütme, işletme, çekip çevirme anlamına gelmektedir.

⁸⁹ Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, s.76

⁹⁰ Duguit idarenin bireylerden farklı hareket ettiğini açıkça belirtmektedir: “idare faaliyet gösterirken, hiçbir zaman bireyler gibi hareket etmez zira belirli bir amaç, kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacını taşır.” Léon Duguit, **Les transformations du droit public**, Paris, 1913, s.156’dan aktaran Pisier-Kouchner, **Le service public dans ... Léon Duguit**, s.269

yönetenlerin, yönetilenlerle tamamen aynı konumda bulunması, o faaliyet alanlarındaki varlık nedenlerini anlamsız kılacaktır. Kapitalist üretim ilişkilerinin geçerli olduğu toplumsal yapının devletin üretim ilişkileri alanında faaliyet göstermesi istisnadır.

Özetle Duguit, kamu hizmetlerini yerine getiren yönetenlerin diğer bireylerden farklı bir konumda bulunduğunu; yönetenlerin sahip oldukları zor kullanma yetkisinin, kamu hizmetlerini sağlamak için kullanıldığından bireylerarası ilişkilere uygulanandan farklı bir rejim doğurduğunu kabul etmektedir.⁹¹

Devletin, kamu hukuku ve idare hukukunun kurucu/açıklayıcı ölçütü olarak, kamu gücü kavramını benimseyen Hauriou (Toulouse Okulu), Duguit'nin bu görüşlerini çelişkiler taşıdığı gerekçesiyle eleştirmektedir.

Duguit'nin ve kamu hizmetleri okulu (Bordeaux Okulu)'nun çalışmalarıyla devlet ve kamu hukuku kuramındaki kurucu kavram olma niteliğini yitiren “kamu gücü anlayışı”nın Fransız hukukundaki en önemli savunucusu olan Hauriou, **İdare ve Kamu Hukukunun Umumi Esasları** adlı kitabının 1927 tarihli 11. basısının önsözünü tamamen kamu hizmetleri okulunun görüşüyle polemığe ayırmıştır. Gaston Jèze'in, “egemenlik, kamu gücü ve kamu otoritesi” gibi görüşlerin kamu hizmeti anlayışı karşısında etkisini yitirdiğini; kamu hizmeti anlayışının kamu hukukunda egemen olduğunu” savunduğu 1926 tarihli bir makalesini esas alarak değerlendirmelerde bulunduğunu belirtmekle beraber Hauriou, temel olarak Duguit'nin görüşlerini hedef almaktadır.

Hauriou'ya göre hem Jèze'in hem de Duguit'nin kamu hizmeti anlayışları zorunlu olarak kamu gücünü içermektedir. Jèze'in temel unsurlar olarak belirttiği

⁹¹ Bu nedenle Duguit, kamu hizmeti olarak nitelenmesine karşın, ticari faaliyetlere benzediği ve devletin istisnai ve arızı üstlendiği kabul edilen hizmetlere tamamen özel hukukun uygulanabileceği sonucuna varılan, Fransız idare hukukunun temel kararlarından olan, *Bac d'Eloka 1921* kararına katılmamakta ve hakimiyet-temşiyet tasarrufları ayrımının dirilmesi sonucunu doğurabilecek bu anlayışın reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Duguit'nin bu görüşü çeşitli yazarlarca aktarılmasına karşın, hangi eserinde yer aldığına ilişkin bir atıf bulunmamaktadır. Atıfsız bir aktarım için bkz Jacques Chevallier, **Le service public**, PUF, 1997, s.31

kamu hukuku yöntemleri ve sürekli değişkenlik kamu gücünün ifadesinden başka birşey değildir.⁹² Kamu hizmetlerinin tanımı da bunu açıkça göstermektedir. “Doğası gereği, siyasal gücün karışması ile yerine getirilebilmeleri nedeniyle gerçekleştirilmesi, düzenlenmesi ve denetlenmesi siyasal güce düşen işlevler” şeklindeki tanım açıkça kamu gücüne dayanmaktadır.⁹³ Hauriou’ya göre, bu çelişkinin farkında olan Duguit, çelişkiden kurtulabilmek için iktidarın ve zorun hukuki kurumlar olmadığını ileri sürmüştür. Kanımızca Duguit’nin, devlet faaliyetlerinde “zor”un ve “iktidar”ın varlığını inkâr etme gibi bir amacı olmadığı açıktır. Aksine Duguit, bu niteliğin tüm devlet faaliyetlerinde içerilmiş olduğunu belirtmiştir. Duguit’nin itirazı, kamu gücü anlayışının devletin açıklanması ve iktidarın sınırlandırılmasında hukuki bir araç olarak kullanılmasınadır. Bu aracın açıklayıcı ve sınırlandırıcı bir işlev göremeyeceğini ileri sürerek “toplumsal dayanışmanın zorunlu gereği olarak doğan kamu hizmetleri” kavramını esas almıştır.

Hauriou, kamu hizmetleri okulunun yanlış bir hukuk anlayışına dayandığını ileri sürmektedir. Hauriou’ya göre “hukuk amaçlarla değil, amaçlara ulaşmak için kullanılan araçlarla, hak ve yetkilerle ilgilenir. Devletin amacı değil bu amacı gerçekleştirmek için kullandığı hak ve yetkiler önemlidir. ... 19.yy sonunda sosyalist akımların etkisiyle hukukta amaç önem kazanmaya başladı ve ilk sıraya oturdu. Değerler sıralamasındaki bu değişim hukuki sosyalizm saçmalığını doğurdu. Kamu hizmetleri okulu da buradan doğdu. Bu okul, devletin amacı olarak kamu hizmetini, devletin güç iradesinin üzerine çıkarmakta, kamu hizmetini kamu gücünün aracı olarak değerlendirmektedir.”⁹⁴ Kanımızca Duguit’nin anlayışında kamu hizmetleri, “devletin amacı”, “hukukun amacı” olarak değerlendirilmemektedir. Amaçtan ziyade, toplumsal dayanışmanın, yine toplumsal işbölümü sonucu zor kullanma tekeli ellerinde tutanlara yüklediği görevlerdir kamu hizmetleri.

⁹² Maurice Hauriou, **Précis de droit administratif et de droit Public**, 11.B., Paris, Recueil Sirey, 1927, s.VIII

⁹³ **Ibid.**, s.X

⁹⁴ **Ibid.**, s.VII

Hauriou, kamu hizmetleri anlayışının, kamu gücü anlayışının yerini almasını eleştirmekle birlikte, kamu hizmeti kavramını tamamen reddetmemekte, kamu gücü anlayışına eklemektedir. Rivero'ya göre, kamu hizmetleri kavramını idare hukukunun açıklayıcı kavramları arasında sokan Hauriou'dur.⁹⁵ Rivero, Hauriou'nun görüşlerinin kamu gücü anlayışından, kamu hizmetinin hukuki açıklayıcılığını kabul eden aşamaya evrilmesini açıklamak için, onun hiçbir zaman bir "sistem" kurma gayreti içinde olmadığını belirtmektedir. Hauriou'nun 1897'deki yaklaşımında kamu hizmeti, siyaset biliminin alanına aittir; idare hukukunda bir açıklayıcılığı yoktur; kamu gücü kullanılması idare hukukunu kurar. Hauriou 1899'da ise idarenin faaliyet alanlarının genişlemesi karşısında, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin kamusal yürütüm niteliği taşıdığı ve bu durumda da idare hukuku ile idari yargının alanın sözkonusu olduğu sonucuna varmıştır.⁹⁶

Hauriou'ya göre kamu gücü esas anlayıştır. Kamu hizmeti ise, kamu gücünü çevreleyen nesnel/fili bir durumdur. Kamu gücü kamu hizmetini örgütleyerek kendi kendini sınırlar. Bu örgütlenme zaman içinde kurumsallaşmaya dönüşür. En üst aşamada örgütlenme, gücün örgütlenmesidir. Alt birimlerde hükmetme (*dominer*) düşüncesi yerini hizmet düşüncesine bırakır. Alt aşamadaki örgütlenme, gücün kamu hizmetine aykırı olan keyfi iradelerine engel olur. Hauriou'nun anlayışında güç (iktidar) hizmetin örgütlenmesiyle dağıtılarak sınırlandırılmaktadır. Hauriou, görüşünü, "kurum teorisine dayanan objektif otolimitasyon" olarak tanımlamaktadır.⁹⁷

⁹⁵ Böyle olduğu kabul edilse bile Hauriou'da sınırlayıcı bir kamu hizmeti anlayışı bulunmaktadır. Hauriou'nun, tiyatroyu kamu hizmeti sayan bir karar üzerine yazdığı görüşü meşhurdur. Hauriou, "hayal gücünü coşturmak, ruhları sahte ve hayali bir yaşama alıştırmak, aşk tutkusunu artırmak gibi zararlı temel kusurları olan tiyatro işletmesinin" kamu hizmeti olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmuştur. 7 Nisan 1916 tarihli *Astruc* kararına not, aktaran François Février, "Le service public", **Droit administratif et administration, les notices**, Paris, La documentation française, 1998, s.98

⁹⁶ Jean Rivero, "Hauriou et l'avènement de la notion de service public", **Mélanges Mestre**, Sirey, 1956, s.465-469

⁹⁷ Hauriou, **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**, s.VIII; Bkz Chevallier-Loschak, **Science Administrative c.1**, s.520

Kamu gücünün kamu hizmetiyle kaynaştığı, kamu gücünün kamu hizmetiyle sınırlandırıldığı bir anlayışa sahip olan Hauriou'nun kamu hizmeti tanımı da bu özellikleri taşımaktadır: “Kamu hizmeti, kamu düzeni (police) anlayışı içinde belirlenmiş bir hizmetin topluma düzenli ve sürekli biçimde sunulmasını üstlenen kamu gücünün ve kamu yetkilerinin örgütlenmesidir.”⁹⁸

Açıklamaya çalıştığımız gibi, Hauriou, kamu hizmetleri anlayışının devletin ve kamu hukukunun açıklanması için temel kavram olarak kullanılmasını eleştirmesine karşın, kamu hizmeti kavramına yabancı kalmamış, onu kamu gücü ölçütüne eklemiştir. Duguit de kamu gücü ölçütünü eleştirmekle birlikte, herhangi bir açıklayıcılık ve ölçüt rolü vermeden gücün/zorun devlet faaliyetlerindeki kapsayıcı yerini (*omniprésence*) teslim etmiştir. Bu yaklaşma, kamu gücü ve kamu hizmeti anlayışlarının birbirinden kopuk olmadığının önemli bir göstergesidir.

Duguit'nin kamu hizmeti anlayışına yöneltilen en önemli eleştirilerden biri de hukuki nitelik taşımadığıdır. Bu eleştiri gerek kamu hizmetleri okulu çizgisinde yer alanların, gerekse kamu gücü anlayışını benimseyenlerin ortak görüşüdür. Örneğin Hauriou, Duguit'nin kamu hizmetleri anlayışı mantıki sınırlarına vardırılsa, idare hukukunun inkâr edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁹⁹ Jèze'e göre de Duguit'nin kamu hizmeti anlayışı sosyolojik nitelik taşımakta, hukuki açıklayıcılığa sahip bulunmamaktadır. Bu görüş günümüz yazarlarınca da benimsenmektedir.¹⁰⁰ Söz konusu eleştiri, sadece Duguit'yi değil, kamu hizmetini; devletin işlevlerini, devletin toplumsal görevlerini esas alarak açıklamaya çalışan tüm görüşleri kapsayacak niteliktedir.

Duguit'nin hukuki açıklayıcılığa sahip olmadığı yolundaki eleştiri, kamu hizmetleri okulunun doğuşuna yol açmıştır.

⁹⁸ **Ibid.**, s.16

⁹⁹ “Kamu hizmetini örgütlenme ve değiştirme yetkisi hukukla sınırlı değilse hukuki değildir. Demek ki objektif hukukla da bağlı değildir. Objektif hukuka bağlı olmayan hukuk olamayacağına göre idare hukuku yoktur.” **Ibid.**, s.X

¹⁰⁰ Guglielmi, **Introduction au Droit des services publics**, s.23; Mescheriakoff, **Droit des services publics**, s.50

C. Devletin Yarattığı İşlevler Olarak Kamu Hizmeti

Yukarıda aktarmaya çalıştığımız üç yaklaşım da kamu hizmetlerini, esas olarak, devletin “kurucu” iradesinin dışında arar. Birinci görüş kamu hizmetini, iktisadi bir yaklaşımla, malların iktisadi niteliğine göre belirler. Kavrama devletin işlevleri/görevleri açısından bakan diğer iki görüş ise farklı nitelik taşımakla birlikte, kamu hizmetini toplumsal yapıdan kaynaklanan devletin işlevleri arasında aramakta birleşirler. Devlet, belirli bir üretim biçiminin varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan işlevleri (üç işlev) ya da Duguit’nin anlayışında, daha nötr olarak, toplumsal dayanışmanın gerçekleşmesi için zor tekeline sahip olanların yapması gerekli görevleri üstlenir.

Kamu hizmetleri okulunun kurucusu Jèze’in görüşleri, bu anlayıştan bir kopuşu ifade eder. Bu kopuş, kamu hizmetleri okulunun kavrama yüklediği anlamı belirlemede etkili olmuş, etkilerini günümüze kadar sürdürmüştür.

Jèze’e göre, kamu hizmetinin tek ölçütü yönetenlerin iradesidir. Yönetenler tarafından kendisine bu nitelik verilen faaliyetler kamu hizmeti niteliği kazanacaktır. Buna göre kamu hizmetini, yönetenlerin iradesi dışında aramak hukuki bir uğraş olmayacaktır. Jèze’in **İdare Hukukunun Umumi Esasları** kitabındaki kamu hizmetleri tanımı bu yaklaşımın yalın ifadesidir. “Sadece ve sadece belirli bir zamanda, belirli bir ülkede yönetenlerin kamu hizmeti usulüyle karşılamaya karar verdikleri ortak ihtiyaçlar kamu hizmetleridir.”¹⁰¹

Jèze’in kamu hizmeti anlayışında, tek belirleyici yönetenlerin iradesidir. Söz konusu iradenin içeriğinin ne olabileceğine ilişkin tanımdan çıkan tek belirtir, bunların “ortak ihtiyaçlar” olduklarıdır. Yönetenlerin iradesi ancak ortak ihtiyaçlara kamu hizmetleri niteliği verebilecektir. Ancak Jèze’in anlayışında ortak ihtiyaçların neler olduğunu belirleme yetkisi de yönetenlerdedir.

Kamu hizmetini belirleme yetkisini mutlak olarak yönetenlere verdiği sonucuna ulaşabileceğimiz bu saptamalardan sonra Jèze söz konusu yetkiye ortak

¹⁰¹ Gaston Jèze, **Les principes généraux du droit administratif**, Paris, 1930, s.16

getirmektedir. “Yargıcın, yönetenlerce kamu hizmeti olarak belirlenen bir faaliyetin bu niteliğe sahip olup olmadığını tartışma yetkisi yoktur”¹⁰² saptamasını yapmakla birlikte Jèze, “bir faaliyetin kamu hizmeti olduğunu saptayan hukuki metinlerin de istisnai olduğunu” yönetenlerin iradesinin ancak istisnai olarak açıkça ortaya konduğunu belirtmektedir. Yönetenlerin iradesini açıkça ortaya koyan bir hukuki metin bulunmadığı bu gibi durumlarda “çeşitli belirtilere bakarız.”¹⁰³ Demek ki uygulayıcı ve yargıç hukuki metinlerde kamu hizmetine ilişkin açık saptama olmadığı zaman yorum yetkisine dayanarak kamu hizmetini belirleme yetkisine ortak olabilecektir. Jèze’in anlayışında kamu hizmeti, yönetenler (daha açık ifadeyle yasakoyucu) ve açık hukuki metin olmadığı durumlarda, yorum yetkisine sahip olan hukuki aktörlerce “belirlenmekte” ya da Jèze’in görüşünü daha iyi ifade edebilecek bir sözcükle, “kurulmaktadır”.

Jèze’in kamu hizmeti anlayışı öğretide Duguit’nin objektivist olarak nitelenen¹⁰⁴ anlayışının karşısına konularak “sübjektivist” olarak nitelenmektedir.¹⁰⁵ Jèze de Duguit’nin kamu hizmeti anlayışından farklı bir anlayışa sahip olduğunu açıkça belirtmektedir. Yukarıda aktardığımız kamu hizmeti tanımını verdikten sonra dipnotta Duguit’nin metodolojisinden kopuşunun gerekçelerini, biraz da müstehzi bir üslupla açıklamaktadır: “Ben burada sorunu sadece hukuki açıdan ele alıyorum. Duguit ise kamu hizmetlerindeki genişlemeyi ve nedenlerini sosyolojik açıdan ele alıyor. Duguit, kamu hizmetlerini saptayabilmemize olanak verecek hukuki bir ölçüt ortaya koymuyor. Duguit’nin hukukun sosyal bilim olduğu görüşüne katılıyorum, ancak sorunun bir de diğer yönü var. Belirli bir ülkede belirli bir anda, örneğin mahkemelerde uygulanacak kuralları saptamak gerekir. Ben bu sorunla uğraşıyorum.”¹⁰⁶

¹⁰² **Ibid.**, s.18

¹⁰³ **Ibid.**, s.9

¹⁰⁴ Duguit’nin objektivist olarak nitelenemeyeceğini kamu hizmetlerinin belirlenmesinde yönetenlerin iradesini, yani siyaseti de gözönüne aldığını yukarıda açıklamaya çalıştık.

¹⁰⁵ Bkz Pierre Esplugas, **Le service public**, Paris, Dalloz, 1998 s.17

¹⁰⁶ Jèze, **Les principes généraux du droit administratif**, s.16/dn2

Jèze'in yaklaşımında, pratik gerekçelerle kamu hizmeti konusu, hukuk ötesi (toplumsal, iktisadi ...vs) kökenlerinden koparılmakta, yönetenlerin iradesi keyfilğine sıkıştırılmaktadır.

Duguit'nin kamu hizmeti anlayışı onun hukuk konusundaki görüşlerine dayandığı gibi Jèze'in anlayışı da bu niteliktedir. Hukuku yasakoyucunun iradesi olarak gören hukuki pozitivizm, Jèze tarafından kamu hizmetleri alanına uygulanmıştır. Günümüzde Jèze'in kurduğu kamu hizmetleri anlayışı hakim bulunmaktadır.¹⁰⁷

Jèze'in kamu hizmetleri anlayışının özgülüğü sadece tek belirleyici olarak yönetenlerin kurucu iradesini kabul etmesinden kaynaklanmaz. Jèze'in kurgusunda kamu hizmetleri “hukuki bir yöntem”dir. Tanıma göre, sadece “yönetenlerin kamu hizmeti usulüyle karşılamaya karar verdikleri ortak ihtiyaçlar kamu hizmetidir.” Ayrıca Jèze'e göre “kamu hizmeti usulü” ortak ihtiyaçların karşılanmasında yöntemlerden sadece biridir. Kamu hizmeti anlayışını ortak ihtiyaçların karşılanma usulleri üzerine kurmaktadır. Elbette bu usullerinden herhangi birini seçme kamu hizmetinin tanımı gereği yönetenlerin iktidarındadır. Jèze'e göre, “uygar bir ülkede idare, ortak ihtiyaçları (*les besoins d'intérêt général*) tatmin etme görevini üstlenir. Savunma, güvenlik, yollar vs... gibi. Ancak idare tüm ortak ihtiyaçları da karşılamaz. Örneğin kriz anları dışında beslenme, ilaç, tedavi idarenin karşıladığı ortak ihtiyaçlardan değildir. Ayrıca, idare üstlendiği ihtiyaçları tekel olarak karşılayabileceği gibi (adalet, güvenlik, telefon, telgraf, mektup haberleşmesi) özel kişilerle rekabet halinde de karşılayabilir.”¹⁰⁸

Özetle, ortak ihtiyaçlar hem idarece hem de özel kişilerce karşılanabilir. Jèze bu noktadan kalkarak, *özel hukuk yöntemi - kamu hukuku yöntemi* ayrımını kullanmaktadır. Jèze'e göre “ortak ihtiyaçların karşılanmasında özel hukuk yöntemi

¹⁰⁷ Elektrik üretimi konusunda faaliyet gösteren işverenlerin, özelleştirme tartışmaları sırasında, sözkonusu alanın tabi olduğu kamu hukuku kurallarından bunalarak yaptıkları “bir yasayla enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı kamu hizmeti olmaktan çıkarılsın” teklifi bu anlayış çerçevesinde yadırgatıcı olmayacaktır.

¹⁰⁸ Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, s.1

sıradan (*simple*) bireylerin kullandığı yöntemdir.”¹⁰⁹ Jèze, kullanıldığında özel hukuk alanı sözkonusu olacağı için, özel hukuk alanına ait olduğu için sözkonusu yöntemi inceleme dışı bırakmaktadır.¹¹⁰ Sıradan bireylerin kullandıkları özel hukuk yöntemlerinin karşısına, idarenin ortak ihtiyaçları karşılamakta kullandığı kamu hukuku yöntemleri konmaktadır. Jèze’e göre, “kamu hizmeti kavramı, kamu hukuku kavramına bağlıdır. Ortada bir kamu hizmeti olması, ortak ihtiyaçların düzenli ve sürekli karşılanması idareye kamu hukukunu uygulama imkânı verir ... Gerçek anlamda kamu hizmetinin sözkonusu olduğu her durumda ortak ihtiyaçların tatminini kolaylaştıran ve mükemmelleştiren; kamu hizmetlerinin düzgün ve sürekli işlenmesini amaçlayan özel kuralların ve teorilerin varlığını saptarız ... Bu özel kural ve teorilerin amacı ‘özel çıkar genel çıkar karşısında eğilmeli’ düşüncesini gerçekleştirmektir.”¹¹¹

Jèze, kamu hukuku usullerinin varlık nedenini, ortak ihtiyaçların idarece tatmini gereğiyle yani kamu hizmetleriyle açıklamaktadır.¹¹²

Özetle Jèze’e göre ortak ihtiyaçların karşılanmasında iki temel yöntem bulunmaktadır. Özel kişilerin ortak ihtiyaçları karşılarlarken kullandıkları ve menfaat eşitliğine dayanan özel hukuk yöntemleri ile idarenin (yönetenlerin) ortak ihtiyaçları karşılarlarken kullandıkları ve menfaat eşitsizliğine dayanan kamu hukuku yöntemleri.

Bu ayrım nedeniyle, Jèze, kamu hizmetlerinin ortak ihtiyaçların karşılanmasına indirgenmemesi gerektiğini savunmakta; ortak ihtiyaçların karşılanması ile kamu hizmetlerinin eşanlamda kullanılmasını eleştirmektedir. Bu alandaki terminolojiyi düzeltmek amacıyla üçlü bir ayrıma gitmektedir. Buna göre, “kamu hizmeti terimi, ortak ihtiyaçların tatmini için, kamu görevlilerinin (idarenin) özel hukuku aşan

¹⁰⁹ **Ibid.**, s.2

¹¹⁰ Jèze, ortak ihtiyaçların karşılanmasında özel hukuk yöntemi-kamu hukuku yöntemi ayrımının, CE’nin 6 Fevrier 1903 tarihli *Terrier* kararında Romieu tarafından ortaya konduğunu belirtiyor. **Ibid.**, s.2/dn.

¹¹¹ **Ibid.**, s.3

¹¹² Ancak Jèze, idari işleyişte özel hukuk yöntemlerinin tamamen dışlamamıştır. İdarenin kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel hukuk yöntemlerini seçme imkanı da bulunmaktadır. Jean-Claude Venezia, “Gaston Jèze et le service public”, **Revue d’histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique**, sy 12, 1991, s. 95-99

usuller, kamu hukuku usulleri izlediği durumları ifade etmek için kullanılmalıdır. ... Ortak ihtiyaçların idarece yalnızca (*exclusivement*) özel hukuk yöntemleri izlenerek karşılandığı durumlar için ‘*idari işletme*’ (*gestion administrative*¹¹³) terimini kullanabiliriz. ... Üçüncü olarak “özel kişilerin ortak ihtiyaçları karşıladığı ve bu nedenle de idarenin denetim ve gözetim uygulayarak özel girişimciye karşı kamuyu koruduğu için ‘*düzenlenmiş girişim*’ (*l’entreprise réglementée*) terimini kullanabiliriz.”¹¹⁴

Jèze bu ayrımla ortak ihtiyaçların karşılanmasında üç yöntem saptamaktadır. *Kamu hizmeti yöntemi* bunlardan sadece biridir. Jèze’in ifadesiyle “kamu hizmeti ortak ihtiyaçları karşılamada teknik bir yöntemdir (*procédé technique*), ancak tek yöntem de değildir.”¹¹⁵

Jèze, kamu hizmeti anlayışını, ortak ihtiyaçların karşılanması ve bunun için izlenen yöntemler üzerine inşa etmiştir. Jèze’in görüşlerini ortak ihtiyaçların sabit, aktörlerin ve yöntemlerin değişkenler olduğu üç denklem şeklinde özetleyebiliriz¹¹⁶:

1. ortak ihtiyaçlar + idare + kamu hukuku usulleri =====>kamu hizmeti

2. ortak ihtiyaçlar + idare + münhasıran özel hukuk usulleri =====>idari işletme

3. ortak ihtiyaçlar + birey + özel hukuk usulleri + idari gözetim/denetim
=>düzenlenmiş özel girişim

Jèze’in dördüncü bir olasılığı neden düşünmediği akla gelmektedir. Zira, kullanılan yöntem ile kullanan arasındaki bağlantı ikinci hipotezde ortadan

¹¹³ “*Gestion administrative*” terimi, Jèze’in burada kullandığı anlamda “idari işletme” sözcükleriyle karşılanmıştır. İleride “*gestion*” terimi, “*gestion publique-gestion privée*” karşıtlığında kullanıldığında “yürütüm” sözcüğüyle karşılanacaktır.

¹¹⁴ Jèze, **Les principes généraux du droit administratif**, s.7

¹¹⁵ **Ibid.**, s.15

¹¹⁶ Jèze’in yaptığı bu üçlü ayrım, kamu ekonomisindeki üçlü sektör ayrımını çağrıştırmaktadır. “Kamu hizmetleri sektörü, kamu işletmeleri sektörü ve kamu müdahaleciliği sektörü”. Sönmez, **Kamu Ekonomisi Teorisi**, s.267

kaldırılabilmiştir. Yani idarenin, bireyler gibi, sadece özel hukuk yöntemleri kullanabileceği kabul edilmektedir. Duguit’de gördüğümüz yönetenlerden (idareden) kaynaklanan her türlü faaliyetin doğası gereği, bireyler arası faaliyetlerde bulunmayan bir unsuru, zoru içerdiği görüşü Jèze’de bulunmamaktadır. Jèze’e göre idare, bireylerle eşit seviyeye konumlanarak tamamen özel hukuk usulleri uygulayabildiğine göre aynı yola, bireylerle özel hukuk usulleri arasındaki ilişkide de başvurulabilir. Bireylerin ortak ihtiyaçları karşılması sırasında, yönetenlerin yetkilendirmesiyle kamusal usuller kullanabilecekleri, yani kamu hizmeti yerine getirebilecekleri kabul edilebilir. Böylece Jèze’in görüşlerini özetlemekte kullandığımız üç denkleme dördüncüsünü ekleyebiliriz:

4. ortak ihtiyaçlar + birey + kamu hukuku usulleri ==> kamu hizmeti

Bu eşitlik Jèze’in görüşlerinin mantıki sonucudur. Dördüncü denklemin de katılmasıyla kamu hizmetinin sadece idare tarafından yerine getirilme zorunluluğu olmadığı sonucuna da varılmaktadır. Madem ki Jèze’in tanımında kamu hizmeti teknik bir usuldür ve bu usulü seçme konusunda mutlak yetki yönetenlerdedir, yönetenler, ortak ihtiyaçların kamu hukuku usulleri kullanılarak karşılanmasını kendileri üstlenebilecekleri gibi özel kişileri (bireyleri) de bu konuda yetkilendirebilir. Jèze’in tanımında, açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, özel kişilerin kamu hizmeti yapabilecekleri kabul edilmektedir.

Günümüzde kamu hizmeti konusunda yazarların ortak kanısı, kamu hizmetleri okulunun, kamu hizmetinin unsurlarının birliğini varsaymasıdır. Ancak açıklamaya çalıştığımız gibi, söz konusu okulun fikri mimarı Jèze’de bu birlik hayli esnektir. Öğretiye göre kamu hizmetleri okulundaki unsurların birliği görüşü, içtihatlarda sını ve iktisadi kamu hizmetlerinin kabul edilmesiyle sarsılmış; bu okulun görüşlerini esas alan idare hukuku gelişmeyi açıklayamaz olmuş ve kriz ortaya çıkmıştır. Ancak Jèze’in kamu hizmetleri kurgusunun dikkatle incelenmesi, sını ve iktisadi kamu hizmetlerini açıklayacak esnekliğe sahip olduğunu; bu kategoriyi varsaydığını gösterir. Jèze, ortak ihtiyaçların idare tarafından özel hukuk usulleriyle karşılanmasını “idari işletme (*gestion administrative*) olarak nitelemektedir. Ancak

Jèze idari işletme kategorisini münhasıran (*exclusivement*) özel hukuk usulleri kullanılması durumuyla sınırlamıştır. Karma durumları, yani idarenin ortak ihtiyaçları karşılamak için kamusal usulleri kullanmasını ifade eden “kamu hizmeti” ile idarenin ortak ihtiyaçları karşılamak için özel hukuk usulleri kullanmasını ifade eden “idari işletme” kategorilerinin arasında bir kategori tanımlamadığına göre, bu durumlar da “kamu hizmeti” sayılacaktır. Nitekim Jèze, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde idarenin esas olarak kamusal yöntemleri uyguladığını, ancak istisnai de olsa özel hukuk yöntemleri de uygulanabileceğini kabul etmektedir.¹¹⁷ Bu açıklamalardan sonra Jèze’in ortak ihtiyaçların karşılanması ve kamu hizmeti modelini özetlemek için kullandığımız denklemlerin sayısını çoğaltabiliriz.

Oİ: Ortak ihtiyaçlar, KHU: Kamu hukuku usulleri, ÖHU: Özel hukuk usulleri

1. Oİ + idare + KHU = Kamu hizmeti
2. Oİ + idare + (KHU+ÖHU)= Kamu hizmeti
3. Oİ + idare + münhasıran ÖHU= İdari işletme
4. Oİ + birey + (ÖHU + idari denetim) = Düzenlenmiş girişim
5. Oİ + birey +KHU (yetkilendirme) = Kamu hizmeti

Kanımızca Jèze’in görüşlerinden, ortak ihtiyaçların karşılanmasında sıraladığımız bu beş tipi çıkarmak mümkündür. Jèze’in anlayışına göre, ortak ihtiyaçların hangi tipe göre karşılanacağına yönetenler karar verecektir. Faaliyet konusunun “ortak ihtiyaçlar” olmasının dışında, Jèze’in görüşlerinde, yönetenlerin kararına ilişkin objektif bir sınırlama yoktur. “Ortak ihtiyaçlar” zayıf nesnelliği dışında Jèze’in kamu hizmeti anlayışı tamamen iradecidir.¹¹⁸

¹¹⁷ Örneğin, mutlaka idari nitelik taşıyan sözleşmeler dışındakiler için idare kendini özel hukuka tabi kılabilir. (Fransa’da) bayındırlık işleri sözleşmeleri ve imtiyaz sözleşmeleri zorunlu olarak idaridir ama, 1921 *Société générale d’armement* kararında da belirtildiği gibi, alım satımın zorunlu olarak idari sözleşmelerle yapılması gerekmez. Jèze, **Les principes généraux du droit administratif**, s.82

¹¹⁸ Bu görüşün doktrinde yarattığı tepki Truchet’nin kamu hizmetini, yasakoyucu ve yargıç tarafından kimi faaliyetlere konulan bir “etiket” olarak değerlendirmesinde yalın ifadesini bulmaktadır. Bkz. Truchet, “Label de service public et statut de service public”, s. 427-440

Öğretideki yaygın anlayışa göre kamu hizmetleri okulunun önemli bir özelliği de devletin işlevleri ile kamu hizmetleri arasında birlik kurmasıdır. Ancak yukarıda açıklamaya çalıştığımız ayrılma, Duguit ve Bonnard'dan farklı olarak Jèze'de bu görüşün bulunmadığını göstermektedir. Örneğin Duguit'ye göre devlet “yönetenler tarafından örgütlenen ve kontrol edilen kamu hizmetleri birliğidir.”¹¹⁹ Bonnard, kamu hizmetleri ile devlet işlevleri arasındaki eşitliği daha açık biçimde kurmaktadır. Ona göre, “devlet kamu hizmetleri toplamından oluşmaktadır. Kamu hizmetleri, devlet organizmasını oluşturan hücrelerdir.”¹²⁰ Bonnard devletin üç fonksiyonunu yasama, yürütme ve yargıyı da kamu hizmetleriyle açıklamaktadır. “Kamu hizmetleri üç fonksiyonda belirginleşir. Yasama hizmetleri, idari hizmetler ve yargı hizmetleri ... Yasama kamu hizmetinin örgütlenme ve işleyişini düzenler. İdari fonksiyon, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini, sunulmasını gerçekleştirir. Yargı kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözer.”¹²¹

Jèze'de bu şekilde açık bir denkleştirmeye rastlanmadığı gibi, ortak ihtiyaçların karşılanması usulleri üzerine kurduğu kamu hizmeti sisteminde devlet tarafından yerine getirilmesine karşın, kullanılan usul nedeniyle kamu hizmeti sayılmayan faaliyetler kategorisi de bulunmaktadır. Ortak ihtiyaçların karşılanmasına yönelik devlet faaliyetleri sırf bu amacı nedeniyle kamu hizmeti değildir. Yönetenler tarafından münhasıran özel hukuk usulleri kullanılarak yerine getirilen faaliyetler kamu hizmeti sayılmamakta, “idari işletme” olarak nitelenmektedir.

Kamu hizmeti kavramını açıklamaya (ve anlamaya) yönelik üç temel yaklaşım tespit etmiş bulunuyoruz. İktisadi nesnellik olarak kamu hizmeti, devletin işlevleri olarak kamu hizmeti ve devletin yarattığı işlevler olarak kamu hizmeti. Bu üç yaklaşımın da kamu hizmetini kavramamızda önemli etkileri bulunmaktadır. Örneğin

¹¹⁹ Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, s.72

¹²⁰ Roger Bonnard, **Précis de Droit Administratif Partie Générale**, Recueil Sirey, Paris, 1935, s.235; Roger Bonnard, “Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'État et sur les services publics”, **RDP**, 1925, s.5

¹²¹ **Ibid.**, s.235,236

birinci yaklaşımın “piyasa yetersizliği” kavramı tüm idare hukukçularınca adı anılmadan benimsenmektedir.

Aşağıda eklektik olmamaya özen göstererek kamu hizmetini kavramaya yönelik bir yaklaşım geliştirmeye çalışacağız.

II. KAMU HİZMETİ ALANI

Kamu hizmeti kavramını tanıyabilmemiz için kavramın yer aldığı bağlamı saptamamız yararlı olacaktır. Kamu hizmeti kavramının yer aldığı bağlam, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak (tatmin edecek) mal ve hizmet üretimidir. Kamu hizmetinde “üretim”, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak üretimdir.

Kapitalist üretim biçiminin geçerli olduğu toplumsal yapılarda toplumsal ihtiyaçlar özel girişim (bireyler) tarafından özgür üretim ve alım satım ilişkileri çerçevesinde karşılanır. Piyasada karşılanır. İhtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimi serbestçe gerçekleştirilir ve üretiminin sonuçları özgürce mülk edinilip değişime konu edilir. Toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında mülkiyet, girişim ve ticaret özgürlüğü ile eşitlik temel çerçevedir. Toplumsal ihtiyaçlar, kapitalist üretim ilişkileri alanınca (piyasaca, sivil toplumca¹²²) karşılanır.¹²³

Ancak piyasa denilen özgür girişim ve değişim alanı tüm toplumsal yapıyı kapsamaz. Toplumsal ihtiyaçların tamamı piyasada karşılanamaz ya da karşılanmaz.

¹²² “Piyasa”, “üretim ilişkileri” ve “sivil toplum” kavramlarını çekincesiz biçimde eş anlamlı olarak kullanmak mümkün olmayabilir. Ancak burada geliştirdiğimiz çözümleme içinde ve bununla sınırlı olarak sözkonusu kavramların, yakın anlamlarıyla, birbirleri yerine kullanılabileceğini düşünüyoruz. Nitekim Marx’ta da bu yakınlaştırmayı kurmamızı olanaklı kılacak bir saptama bulunmaktadır: “her tarihsel aşamada varolan üretici güçler tarafından belirlenen ve onları belirleyen ilişki biçimi sivil toplumdur. ... Sivil toplum, üretici güçlerin belirli bir gelişme aşamasında bireylerin tüm maddi ilişkilerini, sınai ve ticari yaşamının tümünü birden kucaklar...” Karl Marx, “L’Idéologie allemande” in **Philosophie**, Folio/Essais, 1998, s.322-323

¹²³ Bu yapının Anayasadaki yansıması olan kimi haklar şunlardır: m.18/I “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.” m.19/I “Herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.” m. 23/I “Herkes yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.” m.35/I “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.” m.48/I “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” m.49/I “Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir.” Bunlara Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi de eklenmelidir.

Mantık ve toplumsal ihtiyaç gereği, piyasanın işleyişinin piyasa dışı bir alanca güvenceye alınması gerekir. İktisadi olarak herkese kendisini dayatan piyasanın işleyiş kuralları piyasa aktörlerinin iradesinden bağımsız olarak güvenceye alınmalıdır.¹²⁴ Sözleşme özgürlüğü, sözleşmeye uyulmaması durumunda bir yaptırımı öngörmek zorundadır. Piyasanın kurallarını –ki temel kural girişim özgürlüğü, değişim (sözleşme) özgürlüğü ve eşitliktir- hukukileştirip herkese dayatabilecek bir güce ihtiyaç vardır. Bu merkezileşmiş zor kullanma iktidarın elde tutan devlet (siyasal) iktidar olarak ortaya çıkar.¹²⁵

Devlet iktidarının işleyiş alanı (kuralları koyma ve uygulama) artık özgürlük ve eşitliğin geçerli olmadığı, kural koyanın ve uygulayanın iradesini dayattığı siyasal/kamusal alandır. Tüm toplumsal örgütlenme biçimleri böyle bir işlevi gerektirir.¹²⁶ İşlevin gerçekleşme biçimleri üretim biçimlerine göre değişir. Günümüz toplumsal yapısını şekillendiren kapitalist üretim biçiminde, feodal üretim biçiminden farklı olarak siyasal alan, üretim alanının dışında varlığını sürdürmektedir.¹²⁷ Kapitalist toplumsal yapıda kuramsal olarak üretim ilişkileri

¹²⁴ “Devletin temel faaliyetleri piyasa ekonomisinin hiçbir zaman sunamayacağı türden hizmetlerdir. Bunlar dışa karşı savunma, ülke için düzeni sağlama, ekonomik faaliyetlerde oyunun kurallarını koyma ve uygulamadır. Kişilerin üretim ilişkilerinde uyacakları kurallar yasalarla belirlenir (s.13) ... Düzenleme işlevi, kurallara uymayanları cezalandırmak ve zorla uyumu sağlamak yetkisini içerdiğinden piyasa ekonomisi firmalarınca yerine getirilemez. Çünkü piyasada firmalar birbirlerine karşı zor kullanamaz”, Bulutoğlu, **Kamu Ekonomisine Giriş**, s.14

¹²⁵ Gerek Marksist gerek Weberci yaklaşımda devlet, merkezileşmiş zor kullanma tekeli elinde tutan tek toplumsal aktördür. “... Şiddet kullanımı devlete özgü bir araçtır. ... Devlet, belli arazi içinde, *fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde (başarıyla) bulunduran* insan topluluğudur. ... Fiziksel şiddet kullanma hakkı başka kurumlara ya da bireylere yalnızca devletin izin verdiği ölçüde tanınmaktadır.” Max Weber, **Sosyoloji Yazıları (çev. Taha Parla)**, 2.B., İstanbul, İletişim Yayınları, 1998, s.132

¹²⁶ “[Kapitalist devletin özgüllüğünden bağımsız olarak] genellik düzeyinde ele alındığında, devlet, belli toplumsal işlevlerin toplumdan ayrılmasını ve tikellesmesini ifade eder. Toplumun bütününe ilişkin faaliyetler ve kararlar, *siyasal* faaliyet ve kararlar biçiminde uzmanlaşır ve özel bir alanda, ya da siyasal yapıda toplanır.” Gülnur Savran, **Sivil Toplum ve Ötesi, Rousseau, Hegel, Marx**, 1.B., İstanbul, Alan Yayıncılık, 1987, s.188

¹²⁷ Feodal üretim biçiminde siyasal alan iktisadi alanı kaplamışken, günümüz kapitalist toplumunda sivil alan (üretim ilişkileri alanı) kamusal alana sızmaya çalışıyor. Birçok

alanıyla (sivil toplum) siyasal ilişkiler alanının (devlet) birbirinden tamamıyla ayrıldığı kabul edilir.

Kapitalizmde toplumsal ilişkiler ekonomik ve siyasal ilişkiler olarak ayrı biçimlere bürünürler. Toplumun maddi üretiminin yapıldığı alanda, kurumsallaşmış bir zora dayalı ilişki yoktur. Bu ilişki biçimi özgül bir alan olan siyasal alana kaymıştır. Sivil toplumun oluşumunda odak noktası, toplumun siyasetten arınması ve siyasal devletin kurulmasıdır. Üretim ilişkilerinin işlemesi, siyasal zorun devreye girmesiyle (örneğin işgücü üzerinde kölelik, senyörel yükümlülükler, toprağa bağlılık, soyluluk vs) değil, aktörlerin eşit ve özgür değişimleriyle gerçekleşir. Burjuva devrimleriyle, bireyler arasındaki kişisel ve ekonomik ilişkiler bütün dolaysız toplumsal bağlardan ve egemenlik bağlarından arındırılmıştır.¹²⁸ “Kapitalist üretim meta üretimi temelinde yükseldiğinden, yani özü gereği özel üretim olduğundan, kapitalizmde tekil üreticiler arasındaki toplumsal bağ mübadele süreci içinde kurulur. ... Kısacası, toplumsal bağlar ancak şeylerin dolayımıyla kurulur. Ürünlerin mübadele süreci içindeki eşitliği, bu şeylerin sahipleri olan bireyler arasında da bir *eşitlik* ilişkisinin oluşmasına yol açar. ... Eşit değerler temeli üzerine kurulan toplumsallık *karşılıklılık* biçiminde gerçekleşir. Eşitliğin ve karşılıklılığın yanısıra, dolaşım alanının üçüncü temel öncülü *özgürlüktür*. Emek gücü dahil bütün metaların sözleşme temelinde alınması ve satılması her iki tarafın da özgür iradesini varsayar.”¹²⁹

Kapitalist üretim biçiminde özgün anlamını kazanan sivil toplum - devlet (siyasal toplum) ayrımı Aristo'ya dayanan uzun bir tarihe sahiptir. Aristo'da sivil toplumun, özel faaliyetlerle bireysel çıkarların alanını; devlette vücut bulan siyasal toplumun ise ortak (iyiliği) faydayı, kamu yararını temsil ettiği kabul edilir.¹³⁰ Hegel'in düşüncesinde, sivil toplum devlet ayrımı en olgun şekliyle ifadesini bulur.

kamusal işlevi şu ya da bu biçimde üstleniyor. Özel güvenlik teşkilatları, özel yargı (tahkim) vs...

¹²⁸ Savran, **Sivil Toplum ve Ötesi**, s.1192-193

¹²⁹ **Ibid.**, s.193-194

¹³⁰ Bkz. Chevallier-Loschak, **Science Administrative c.1**, s.184

Sivil toplumdaki bireysel çıkarlar ve bölünmüşlükler, siyasal alanın (devlet) ortak iradeyi, ortak yararı üretmesi dolayısıyla aşılr.¹³¹ Bu ayrım, kapitalist toplumsal yapıyı yine bu paradigma içinde kalarak açıklamaya çalışan tüm kuramların temelinde yer alır.¹³² Devlet izlediği amaçlarla da köklü biçimde sivil toplumdan ayrılır. Devletin yükümlendiği kamu yararını sağlama amacı, sivil toplumdaki bireylerden farklı olarak, kamu gücü ayrıcalıkları kullanmasını ve her türlü kâr güdüsünden muaf faaliyette bulunmasını meşrulaştırır.

A. *Kamu Hizmeti Kavramını Karşıtıyla Tanıma Çabası: Özel Hizmet (Üretimi) - Kamu Hizmeti (Üretimi)*

Kapitalist üretim biçiminin geçerli olduğu toplumda kural, ihtiyaçların girişim ve ticaret özgürlüğü çerçevesinde piyasaca karşılanmasıdır; ancak toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında zorunlu olarak piyasanın dışında kalan alanlar da vardır ki, bunlar siyasal (kamusal) etkinliği (alanı) oluştururlar.¹³³

Siyasal alanın karşıladığı temel ihtiyaç, kapitalist üretim biçiminin varlığını ve işleyişini güvenceye almak ve bunun gereği olarak da kendi varlığını güvenceye almaktır. Siyasal alanın bu işlevi, minimum olarak hayat, mülkiyet ve sözleşme hürriyetini güvenceye almak biçiminde orta çıkar¹³⁴ ve “kapitalist üretim biçimini sürdürmek için gerekli olan tarihsel ihtiyaçlara” doğru genişler. Sözkonusu minimum ve minimumun üzerine eklenecek faaliyetler kamu hizmetidir. Bunlardan bazıları piyasada gerçekleştirilen faaliyetlerden olabilir. Ancak bunların kamu örgütlenmesi tarafından “üstlenilmiş” olması, piyasa dışına çıkarılmış olması, siyasal alanın piyasa

¹³¹ G.W.F. Hegel, **Hukuk Felsefesinin Prensipleri (Çev. Cenap Karakaya)**, 1.B., İstanbul, Sosyal Yayınları, 1991, s.158-163

¹³² Chevallier-Loschak, Hegel’in kurgusunun liberal devlet öğretisinin kökeninde olduğunu saptamaktadır. Chevallier-Loschak, **Science Administrative**, s.184

¹³³ Kurulan karşıtlık, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim alanına aittir. Bu nedenle ne siyasal ne de iktisadi alanda yer alan, örneğin aile içi ilişkiler gibi özel ilişkiler konumuz bağlamında yer almamaktadır.

¹³⁴ Bir mesleğin üretim ilişkileri alanının düzenini bozmadan yürütülmesini güvenceye almak için örgütlenen meslek odalarının, baroların ve benzeri kuruluşların da kamu hizmeti yerine getiren kuruluşlar sayılması sözkonusu siyasal işlevle ortak amaca sahip olmasındandır.

aleyhine genişlemesi, konu aynı kalmakla birlikte faaliyetin niteliğini değiştirecektir.¹³⁵

Özel mülkiyet (hiçbir taşınır veya taşınmazı olmayanın bile kendi emek gücü üzerinde mülkiyet hakkı olduğu varsayılır), eşitlik ve irade (sözleşme) özgürlüğü piyasayı ifade ederken bunlardan birinin yokluğu/eksikliği de siyasal alana delalet eder.

Piyasa dışına çıkarma, siyasallaşma ile kastettiğimiz, sözkonusu faaliyetin gerçekleştirilmesinde piyasa kurallarının tam ya da belirli oranda eksiltilmesidir. Özel mülkiyet, eşitlik ve irade hürriyeti temel unsurlarından mutlaka biri eksiktir bu faaliyetlerde. Siyasal alanın varlık nedeni olan minimum faaliyetlerde bu eksiklik hemen hemen tamdır. Örneğin askerlik ve vergi toplama faaliyetinde bu unsurlardan hiçbirisi bulunmamaktadır. Konu olarak piyasadakilere benzer kimi faaliyetler de siyasal alan tarafından üstlenildiğinde sözkonusu temel özelliklerden biri kaybolur. İlk akla gelen durum, bir işletme veya mal üzerindeki kamu sahipliğinin özel mülkiyet olmamasıdır.¹³⁶ Kamu sahipliği, özel mülkiyetteki *usus, fructus, abusus* yetkilerini tam olarak barındırmadığı gibi, eşit ilişki de genellikle geçerli değildir.

¹³⁵ Kamu hizmetlerinin en fazla geliştiği kapitalist tip olan refah devletini, Savaş'ın yaptığı gibi, "özel mülkiyet ve piyasa ilkelerini ihlal etmeden" devlet eliyle bazı gelir ve servet transferlerinin yapıldığı bir sistem" olarak tanımlamak tamamen yanlıştır. Savaş, "Politik Yozlaşma Ortamında ...", s.12; Refah devletinde "özel mülkiyeti ve piyasa güçlerini korumak temel ilke (s.12)" olabilir ancak, bu işlevin yerine getirilebilmesi, devletin mülkiyet ve piyasa güçleri aleyhine faaliyetleriyle gerçekleşebilmiştir.

¹³⁶ İdarenin mallarına ilişkin olarak yapılan "idarenin kamu malları"- "idarenin özel malları" ayrımı da bunu göstermektedir. Kamu hizmetine tahsis olunan malların medeni hukukun mülkiyet rejiminden çıkarak kamu malları rejimine tabi olduğu kabul edilir. Bkz. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 1966, s.1299. vd.; Özelleştirmeye, yasama yetkisinin asliliğine ve devletleştirmeye ilişkin 47. maddeye başvurarak anayasal dayanak bulan Anayasa Mahkemesi, kullanılması gereken hukuki aracın yasa olması gerektiğini de 47. maddeye ve mülkiyet hakkına ilişkin 35. maddeye dayandırmaktadır: "Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkıyla ilgili korumanın, kamu mülkiyeti için de özel mülkiyetle eşit biçimde değerlendirilip düzenlenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, özel teşebbüslerin devletleştirilmesinde olduğu gibi kamu varlıklarının özelleştirilmesinde de yetki yasama organındadır. Bu yetki yasama organının kamu mülkiyetinin de koruyucusu olmasının doğal sonucudur" (E.1994/49, K.1994/45-2, k.t.7.7.1994, **AMKD**, sy.30, c.1, s.264).

Eşitsizlik, bir tarafın siyasal örgütlenme şeklinde ortaya çıkmasından kaynaklanabileceği gibi siyasal örgütlenmenin tüzelkişilikler şeklini alıp diğer kişilerle eşitlenmeye çalışıldığı durumlarda da, tabi olunan kamusal yükümlülükler nedeniyle ortaya çıkabilir. Siyasal örgütlenme ne biçim alırsa alsın sırf bu niteliğinden kaynaklanan yükümlülükler tabidir. Kamusal mallara tasarruf eden kişilerin sahiplik hakkı yoktur, bu nedenle karar yetkileri de sınırlıdır; kamusal mallar ve işletmeler üzerinde yine kamusal denetimler mevcuttur (KİT'lerdeki denetim Anayasa tarafından düzenlenmiştir; Maliye bakanlığı müfettişlerinin denetimleri, Sayıştay denetimi, Devlet Denetleme Kurulu, Başbakanlık Yüksek Denetleme, Bakanın meclis karşısındaki siyasal sorumluluğu vs...); kamusal örgütlenmelerin irade oluşturma ve açıklama süreci yasal kurallarla düzenlenmiştir; tüm kamusal örgütlenmenin işleyişinde hükümete düşen nihai bir siyasal sorumluluk mevcuttur.

Siyasal alan tarafından yerine getirilen faaliyetlerde eksilen piyasa ilkelerinden bir diğeri de irade (sözleşme) serbestisidir. İrade serbestisinin yokluğu ya da sınırlılığı sözkonusudur. Bu durum iki biçimde ortaya çıkabilir. Faaliyet sırasında ilişkiye geçilen karşı tarafın iradesi hiçe sayılabilir (örneğin, kamulaştırmalar, istimvaller, siyasal tekel durumları, olağanüstü durumlarda getirilen yükümlülükler) ayrıca siyasal örgütlenmenin kendisi de karar oluştururken kamusal sınırlamalara tabidir.

Siyasal alanda gerçekleşip de konu olarak özel alan faaliyetlerine benzeyen üretimlerin önemli bir ayırıcı özelliği de başlangıç sermaye birikiminin ve daha sonraki para-meta-para (alımsatım-üretim-alımsatım) şeklinde gerçekleşen sermaye döngüsünün özel alanda gerçekleşme zorunluluğunun bulunmamasıdır. Bu döngünün başlangıç birikimi kapitalist birikim olmadığı gibi (devlet tarafından siyasal yetkiye dayanılarak toplanan ve siyasal kararlar bir faaliyete özgülenen paralar) döngünün eksik gerçekleştiği durumlarda (örneğin sosyal kaygılarla ürünün gerçek değerinin altında satıldığı durumlarda) da faaliyet kamusal finansmanla sürdürülür. Bu nedenle

siyasal alanın üstlenerek gerçekleştirdiği piyasadakilere benzer üretimlerde de meta üretiminin tüm kurallarının zorunlu olarak gerçekleşmesi gerekmez.¹³⁷

Siyasal alanın faaliyetlerini gerçekleştirmede kullandığı işgücünün istihdamı da, kural olarak, özel alanın işgücü istihdam biçimlerinden farklılaşır. Kamusal istihdamın ayırıcı karakteri sivil toplumun sözleşme ilişkisinden farklı olarak “statü”ye dayanmasıdır.¹³⁸ İstihdam bağlantısını kuran sözleşme değildir; alınan para doğrudan yapılan işle oranlı değildir; iş sözleşmesinden farklı olarak statünün sürekliliği esastır.¹³⁹

“Devlet hem kamusal güç, hem de *ekonomideki birimlerden biridir*. ... Amaçlara ulaşmak için *zorlayıcılık* ögesine başvurmakta ve yetkisini kullanmaktadır.

¹³⁷ “Piyasa üretimini piyasa talebi düzenler; kamu hizmetleri üretimini siyasal talep düzenler; tutarları ve türleri siyasal yoldan karşılanır (s.1)”; “Devletin bölünebilir nitelikteki hizmet ve ürünleri toplum üyelerine bir bedel karşılığında arz etmesi piyasa üretim faaliyetlerine epeyce benzer (s.17)”; “Kamu hizmetinin dört özelliğinden biri üretimde ya da tüketimde zorlamaya başvurulmasıdır (s.52)”; “Kamu hizmetlerinin arzı yasal zorunluluğa dayanır. Bunların finansman kaynağı yasal ödeme zorunluluğuna dayanan vergilerle karşılanır (.58)”; “piyasa ekonomisi müşteri finansmanına (özel finansman), kamu ekonomisi ise siyasal finansmana, bütçe finansmanına dayanır (s.413)”; “kamu ekonomisi faaliyetlerinde ödetme usulü sadece hizmet *vesilesiyle* bir miktar paranın alınmasını sağlar. Yoksa hizmetin seviyesi ve bileşimi, onu talep edenlerin yaptıkları ödemelere bağlı değildir; tamamen ayrı yoldan, siyasal yoldan alınan kararlarla, bütçe ödenekleri ile düzenlenmektedir (s.504)”; “kamu hizmetleri sırasında alınan bedeller genellikle, *yararlanma* ilkesine dayanan bir vergilendirmedir (s.505)”; “finansman yöntemindeki zorunluk dışında, kamu hizmetlerinin bazılarının üretim teknolojisi, kamu idarelerine yurttaşlar üzerinde zor kullanma yetkisi vermektedir. İç düzen, askerlik, zorunlu ilköğretim, yasaların zorla uygulanması, vb. (s.59)”; “Kamu hizmeti görmede devlet daireleri, siyasal sorumluluk taşıyan organların emrindedir (s.152)”; Hizmetin özelleştirilmesinde rekabet sadece ihale anında geçerlidir; daha sonra özelleştirilen hizmet tekel olarak yürütülür. Hizmeti çekici kılan da budur. Rekabet hizmetin görülmesinde değil, hizmetin kime ihale edileceğinde yaşanır (s.356)”, Bulutoğlu, **Kamu Ekonomisine Giriş**.

¹³⁸ Supiot, kamu hizmeti “ruhunu” özel iş ilişkilerinden farklı istihdam biçiminde aramakta ve bu farkı pazar ilişkilerinden farklılaşan “statü” kavramı çerçevesinde açıklamaktadır. Supiot ayrıntılı olarak açıkladığı, statüye farkını veren öğelerin günümüzde geri alınmaya çalışıldığını, kamuya, özel kesim öykünmeciliğinin yerleştirildiğini, bunun kaçınılmaz olarak kamu hizmetinin ayırıcı özelliklerini (ruhunu) yitirmesine ve toplumsal huzursuzluklara yol açacağını savunmaktadır. Alain Supiot, “La crise de l’esprit de service public”, **Droit social**, sy.12, Ekim 1989, s.777-783

¹³⁹ Supiot kamu hizmeti çalışanlarının farklılığını “iktidar karşısında güven, para karşısında rahatlık, zaman karşısında süreklilik” olarak özetlemektedir. **Ibid.**, s.779

... Devletin bir ekonomik birim olarak gerçekleştirmeye çalıştığı amaçlar piyasa tarafından değil, devletin kamusal güç olarak gerçekleştirdiği siyasal tercihlerden kaynaklanmaktadır. Böylece mübadele ekonomisindeki arz-talep-fiyat kategorilerinin yerini kamu ekonomisinde vergi tahsili-ödenek-zorlayıcılık kategorileri almaktadır.”¹⁴⁰

“Devletin doğrudan veya dolaylı olarak, tamamen veya kısmen üzerine aldığı veya yüklendiği öge veya faaliyet kamusal nitelik kazanmaktadır.”¹⁴¹

B. Kamusal Üretim - Kamusal İşlev - Kamu Hizmeti

Yukarıdaki temel saptamalarımızı yineleyerek başlayalım. Siyasal alanın karşıladığı temel ihtiyaç, kapitalist üretim biçiminin varlığını ve işleyişini güvenceye almak ve bunun gereği olarak da kendi varlığını güvenceye almaktır. Siyasal alanın bu işlevi minimum olarak hayat, mülkiyet ve sözleşme hürriyetini güvenceye almak biçiminde orta çıkar ve kapitalist üretim biçimini sürdürmek için gerekli olan tarihsel ihtiyaçlara doğru genişler. Söz konusu minimum ve minimumun üzerine konulacak faaliyetler kamu hizmetidir. Bu anlamda siyasal alanda gerçekleştirilen faaliyetler kamu hizmetidir. Üretim biçiminin ve oluşturduğu toplumsal yapının işleyişini sağlayıp sürdürecektir hukuki kuralların konması (yasama) ve uygulanması (idare ve yargı) kamu hizmetidir. Kamu hizmetini tüm devlet etkinliklerine genişleten bu anlayış hukuki yansımasını da bulmuştur. Ceza Kanunu’ndaki memur (kamu görevlisi) tanımı bu anlayışa dayanır. Siyasal alanın işlevini gerçekleştirmek için örgütlenmesi de kamu hizmetidir. Her bakanlık bir kamu hizmeti örgütü kabul edilir.

Siyasal alan, üretim ilişkileri alanınca (sivil toplum/piyasa) karşılanamayacak minimum ihtiyaçları mal ve hizmet üreterek karşıladığı gibi bu minimumun üzerine söz konusu üretim biçiminin gelişmesi ve devamı için gerekli olan, çoğu zaman

¹⁴⁰ Sönmez, **Kamu Ekonomisi Teorisi**, s.267

¹⁴¹ **Ibid.**, s.268

piyasada üretilen mal ve hizmetlere benzeyen bir üretimi de gerçekleştirir.¹⁴² Tüm bu faaliyetler sırasında da, üretim ilişkileri alanının (sivil toplumun) ilkelerinden gerekli olduğu ölçüde muaftır. Siyasal alanın müdahil olduğu her faaliyet özel faaliyetlerden az ya da çok farklıdır.¹⁴³

Bu anlamda siyasal alan faaliyetlerinin tümü kamu hizmeti midir? Konunun idare hukuku bağlamında sınırlandırılması gerekmektedir.

Bu faaliyetlerin tümüne “kamusal işlev” denilebilir. Kamu hizmeti bu kamusal işlevin içeriklenmesi, somutlaşması olarak sınırlanabilir.

Yasama, yürütme (idare) ve yargı kamu hizmeti midir? Yukarıda açıklamaya çalıştığımız anlamda bu soruya olumlu yanıt verilebilir. Her üç işlev de sivil toplumdan kaynaklanan minimum ve üstü ihtiyaçları karşılayacak faaliyetleri karşılamak üzere oluşurlar. Örneğin, yargı işlevi, üretim ilişkilerinin işleyişini güvenceye alan kuralların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları çözerek toplumsal ihtiyacı karşılayan bir hizmet üretir. (Bu uyuşmazlıklar salt üretim ilişkileri alanında gerçekleşmiş olabileceği gibi üretim ilişkileri alanının [sivil toplumun] siyasal alanla temasından kaynaklanan –idari- uyuşmazlıklar da olabilir.) Yasama, sözkonusu kuralları üretir. Siyasal kararların oluşumu, toplumsal yaşamın işleyişini sağlayacak kuralların hukukileştirilmesi ve bunların uygulanmasını sağlayacak örgütün oluşumu için gerekli olan kuralların konulması da toplumsal ihtiyacı karşılayacak bir üretimdir. Yürütme -daha somut olarak idare-, konulan kuralların hukukileştirdiği sivil toplumun ihtiyaçlarını hayata geçiren işlevdir.¹⁴⁴ Örneğin, güvenlik ihtiyacının

¹⁴² Hizmetin kamuya yönelik olmasının anlamı da budur. Kamusal (siyasal) alan, esas olarak sivil toplumun gerekleriyle belirlenir. Bu ihtiyaçları karşılar. Siyasal alanın kendisine yönelik faaliyeti örgütlenmedir. Ancak bu da nihai olarak üretim ilişkileri alanının ihtiyaçlarını tatmine yöneliktir.

¹⁴³ Siyasal/kamusal nitelikli faaliyetlere, mal sahipliği, eşitlik ve sözleşme özgürlüğünü esas alan özel hukuktan farklı bir hukuk uygulanması da doğaldır.

¹⁴⁴ Yürütmenin ayırıcı özelliği olarak uygulama ele alınırsa yargı işlevinin durumu açıklanmalıdır. Azrak’ın da belirttiği gibi “Yargı fonksiyonu ile İdare fonksiyonu arasındaki yegâne fark, birincisinin organik bakımdan tam bağımsız ve önüne gelen meselelerle bizzat ilişkisinin olmayan merci ve ajanlar tarafından yerine getirilmesine karşılık ikincisinin bağımsız olmayan idare ajanları tarafından yerine getirilmesidir”, A. Ülkü Azrak, “Yargı ve

nasıl karşılanacağına ilişkin kurallar yasama işlevi tarafından tanımlanır. Bu bir kamusal işlevdir. Bu kuralların içeriklendirilmesi, uygulanması kamusal/siyasal teşkilat (idare) tarafından gerçekleştirilir. Bu da bir kamusal işlevdir. Yasama faaliyetiyle kural şeklinde ortaya çıkan güvenlik ihtiyacı, kurulan örgüt ve faaliyeti aracılığıyla somut polise dönüşür. Bir başka örnek. Anayasa’da karşılanması gereken ihtiyaç olarak kurala bağlanan ormanların korunması, yasama organınca orman kanunu, orman bakanlığı kanunu şeklinde gerçekleştirilir; ihtiyacın edim halinde karşılanması orman bakanlığı teşkilatı tarafından sağlanır.

İdare hukuku incelemeleri bakımından kamu hizmeti, kamusal işlevlerin idare tarafından yerine getirilmesiyle sınırlandırılabilir. Kamusal (siyasal) alanda gerçekleştirilen üretimlerden, kural koyma ve uyuşmazlık çözme değil de kuralları uygulama sonucu ortaya çıkan etkinlikler kamu hizmetidir.¹⁴⁵

İlk saptadığımız özellik kamu hizmetinin siyasal alanda (kamusal alanda) gerçekleştirilen bir faaliyet olmasıdır. Başka bir deyişle kamu hizmeti etkinlikleri siyasal/kamusal nitelikli işlevlerdir. Üretim ilişkileri alanının (özel alanın) temel ilkelerinin -devlet lehine- yokluğu veya eksikliği siyasal alana delalet eder. Üretim ilişkileri alanının ilkelerindeki eksiklik bu alanın işleyişindeki aksaklıklardan kaynaklanabilir; bu durumlar iktisatçılar için düzeltilmesi gereken, piyasanın olağan işleyişine dahil sayılmayan aksaklıklardır; düzeltilmesi mümkün değilse devlet müdahalesini gerektirirler (dışsallıklar, kamusal mallar, doğal tekeller vs...). Bu anlamda sözkonusu hipotezi de kısmen kamusal alana dahil edebiliriz. Ancak daha tipik olan, devletin üretim ilişkileri alanının ilkelerini bilerek kısmen veya tamamen ortadan kaldırdığı veya ortadan kaldırmayı desteklediği durumlardır. Devletin tanıdığı siyasal tekel hakkında yararlanarak faaliyet gösteren firmanın faaliyeti tipik

İdare, İki fonksiyonun karşılaştırılması üzerine bir teorik deneme”, **İÜHF**, c.34, 1969, s.155

¹⁴⁵ Buradan kaynaklanan önemli bir sorun idare hukukunun klasik uğraş alanlarından birini oluşturur. İdareyi ne belirler? İdare, konulan kuralların uygulanması için kurulan örgüt ve bunun faaliyetleridir. Yargıyla işlevi ile ilişkisi için bkz. **Ibid.**; İdarenin kural koyduğu durumların değerlendirilmesi için bkz. Karahanoğulları, **Kanun Hükmünde Kararnameler**, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).

özel faaliyet değildir. Siyasal güç üretim ilişkilerinin içine girmiş; sözleşme özgürlüğünü belirli oranda ortadan kaldırmıştır.

Üretim ilişkilerine (özel ilişkilere) hakim olan ilkelerin eksikliğinde ya da yokluğunda gerçekleşen üretimler kamusal/siyasaldır. Faaliyeti gerçekleştirenlerden ziyade sözkonusu özellik faaliyetin niteliğini açıklamada belirleyicidir. Devlet örgütlenmesinin üretimi sözkonusu olduğunda bu eksiklik kaçınılmazdır. Devlet örgütlenmesinin tamamen üretim ilişkileri alanının ilkelerine tabi olarak faaliyet göstermesi mümkün değildir. Örneğin, bir belediyenin şirket kurması ile özel kişinin şirket kurması arasında fark bulunmaktadır. Belediye şirket kurduğunda başlangıç sermayesi kamu mamelekinden çıkacaktır; şirket kurma iradesi (kararı) ilgili kamu birimince belirli bir usulle alınacaktır. Kamu parası sözkonusu olduğu için kamu denetimi sürdüğü gibi siyasal bir organ olan belediye meclisi de denetim yetkisini sürdürecektir. Herhangi bir kişi fırın kurup ekmek üretirse bu özel hizmettir; belediye fırın kurup ekmek üretirse bu kamusal faaliyet ve kamu hizmetidir –içeriği özel faaliyetle aynı olsa bile-. İdare hukuku bağlamında getirdiğimiz sınırlamanın dışında, genel olarak kamu hizmeti, siyasal alanın örgütünce (devletçe) üstlenilip belirli oranlarda bu alana dahil edilen faaliyetlerdir.

C. Toplumsal İhtiyaçların Devletçe Üstlenilmesi: Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti, siyasal alanın örgütünce (devletçe) kısmen veya tamamen üretim ilişkileri alanının zorunluluklarından bağımsız kılınarak üstlenilen ve kamusal (siyasal) alana dahil edilen faaliyetlerdir.

Kamu hizmetine ilişkin bu saptamamızdan sübjektivist bir yaklaşım benimsediğimiz sonucu çıkarılabilir. Hatta özel faaliyet kamusal faaliyet ayrımının, sözkonusu faaliyetlerin rejimine dayandığı için “kamusal yürütüm (*gestion publique*)-özel yürütüm (*gestion privée*)” anlayışını kullandığımız düşünülebilir. Biçimsel ölçütü esas alan bu ayrım, kamusal örgütün, faaliyetlerini gerçekleştirirken özel ve kamusal yöntemler arasında serbestçe seçim yapabileceğini kabul eder. Buna göre kamusal örgütün tamamen özel nitelikte faaliyetleri bulunabilmektedir. Ancak,

yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, kamuca üstlenilen faaliyetlerin tamamen özel faaliyet ilkelerine tabi olması mümkün değildir. Örneğin, bir kamu örgütlenmesi hiçbir zaman tamamen özgürce tipik bir piyasa faaliyeti olan alım satım yapamaz. Her kamusal örgütlenmenin bu tip faaliyetleri kamusal kurallarla düzenlenmiş ve sınırlanmıştır. İdarenin kamu hizmeti faaliyetlerinde, özel hukuka tabi olabilmesi için dahi kamusal yetkilendirme (yasal yetkilendirme) gerekir.

Sübjektivist görüş kamu hizmetlerini, yasakoyucu tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilen faaliyetler şeklinde tanımlamaktadır. Jèze’e göre, “belirli bir zamanda, belirli bir ülkede yönetenlerin kamu hizmeti usulüyle karşılamaya karar verdikleri ortak ihtiyaçlar kamu hizmetleridir.” Bu anlayışın, gerçeğe uygun yönü bulunmakla birlikte, “etiketçiliğe”¹⁴⁶ yol açması kaçınılmazdır.

Sübjektivist anlayışın önemi özneyi vurgulamasıdır. Öznenin iradesini tek gerçeklik sayması yanlış olmakla birlikte kurucu iradenin önemini vurgulamaktadır. Kamu hizmetleri devletin iradesiyle gerçeklik kazanır. Bir faaliyet, doğası gereği öyle olduğu kabul edilse bile ancak devlet tarafından üstlenildiği zaman kamu hizmeti niteliği kazanır. Toplumsal ihtiyaçların karşılanması için gerçekleştirilen faaliyetlerden bazılarının niteliği gereği kamusal ya da özel olduğunu söylemek mümkün değildir. Toplumsal ihtiyaçların karşılanması için gerekli bir faaliyet siyasal alanın örgütünün iradesiyle üstlenildiği oranda kamu hizmeti niteliği kazanır.¹⁴⁷

Toplumsal ihtiyacın karşılanması kamusal irade açıklamasıyla “üstlenilir”. Herhangi bir toplumsal ihtiyacın karşılanması işlevinin, kamusal (siyasal) alana dahil edilmesi, kamusal alanın örgütünün (devletin) irade açıklamasıyla gerçekleşir. Tüm toplumsal hayat hareket ve beyan şeklindeki irade açıklamalarıyla devinir. Devlet

¹⁴⁶ Truchet’nin meşhur yazısının başlığından mülhem olarak, kurucusu olduğu yaklaşımı bu şekilde niteleyebiliriz. Truchet’ye göre, kamu hizmeti, yasakoyucu ve yargıç tarafından çeşitli faaliyetlere yapıştırılan bir etikete dönüşmüş durumdadır. Truchet, “Label de service public et statut de service public”, **passim**.

¹⁴⁷ Sübjektivist anlayışı benimsemeyen Duguit’de de, kamu hizmetlerinin oluşumunda devletin (yönetenlerin) rolü esastır: “bir hizmetin kamu hizmeti olması, yönetenler tarafından örgütlenmesi ve yönetenlerin kontrolünde işlemesi anlamına gelir”. Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, 1923, s.76

denilen örgütlenme de varlık nedeni olan minimum ihtiyaçlar ile dayandığı toplumsal yapının (üretim biçiminin) gelişmesi için gerekli olan tarihsel ihtiyaçları ve bütün bunları gerçekleştirebilmesi için kendi ihtiyaçlarını karşılayacak üretimi yapmak için, kurallar ve idari (ve yargısal) uygulamalar şeklinde, irade açıklamalarında bulunur.

Kamu hizmetleri devletin iradesinden geçerek varlık kazanır. Devletin iradesi hukuk aracılığıyla ortaya çıkar. Kamu hizmetleri, hukuk aracılığıyla somutlaşan siyasal iradeyle üstlenilir.

Demokratik devletlerde kural koyarak devletin iradesini açıklama tekeli halkın temsilcilerinden oluşan yasama organına aittir. Bu nedenle yukarıdaki saptamadaki devlet teriminin yerine yasakoyucu terimi konulabilir. Nitekim Jèze de önce “yönetenler” terimini kullanmakta, değerlendirmelerini daha somut düzeye indirdiğinde bunun “yasakoyucu” olduğunu belirtmektedir.

Demokratik sistemde devletin iradesini kurallaştırma tekeli yasama organına aittir ve diğer devlet birimleri (idare-yargı) bu kuralların sınırları içinde hareket eder. Ancak “devlet iktidarı”nı kullanan tek birim yasama organı değildir. Diğer birimler de kullanabildikleri oranda devlet iktidarına dayanarak kamu hizmetine ilişkin irade açıklarlar. Yasama organının açık iradesinin yokluğu durumunda, yargısal birimlerin, kimi faaliyetleri, çeşitli ölçütler kullanarak, kamu hizmeti olarak nitelediği görülmektedir. Yargı kararlarının kesin hüküm, uyulma zorunluluğu gibi sahip olduğu devlet iktidarı nedeniyle hukuken geçerli olan bu saptamalar nihai olarak yasama organının koyduğu kurallar çerçevesinde kalacaktır. Zira bu saptamalar ancak yasama organının açık bir kuralla müdahalesine kadar varlığını sürdürebilecektir. Örneğin, bir idare mahkemesince açık yasal düzenlemenin yokluğunda kamu hizmeti olarak nitelenen faaliyetin, çıkarılacak yasayla geleceğe yönelik olarak kamu hizmeti alanından çıkarılması mümkündür. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bulunduğu sistemlerde durum farklılaşmaktadır. Anayasa mahkemelerinin iptal yetkisi, kullandıkları devlet yetkisinin niteliğini yasamaya yaklaştırmaktadır. Anayasa mahkemelerinin kamu hizmeti konusundaki saptamaları bu nedenle sorunlar yaratabilmektedir. Kurucu meclis olarak çalışma durumu hariç, yasama organlarının

anayasa mahkemelerinin nitelermelerini aşması hayli zordur. Özetle kamu hizmetlerinin varlık kazanmasında devletin iradesi yasakoyucunun iradesiyle tamamen eşitlenemez. Ayrıca, kanun hükmünde kararname çıkarma veya Fransa'daki gibi Anayasa'dan gelen yetki paylaşımı gibi durumlarda artık yasakoyucunun tek olmadığı, meclislerin yasama yetkisine yürütmenin de ortak edildiği unutulmamalıdır.

1. Üstlenme İradesinin Kaynağı

Kamu hizmetleri, hukuk aracılığıyla somutlaşan siyasal iradeyle üstlenilir. Ancak devletin iradesi, keyfi biçimde ortaya çıkmaz. Sübjektivist yaklaşımın kamu hizmeti anlayışında bir faaliyete kamu hizmeti niteliği verme tamamen devletin takdirinde olan bir husustur. Devletin iradesi tüm etkilerden bağımsız olarak ortaya çıkar. Sübjektivist anlayışı düzelterek kullandığımızda, diğer özneleri ve tüm öznelerin devinimiyle oluşmuş yapıyı da hesaba katmamız gerekir.

Kamu hizmetinin üstlenilmesinde devletin iradesinin kaynağı nedir? Bu sorunun yanıtı ortaya çıkan iradenin içeriğini de belirleyecektir.

Konu, hukukun kaynağına ilişkin görüşlerle bağlantılıdır. Kamu hizmetleri hukuk aracılığıyla varlık kazandığına göre bu bağlantı kaçınılmazdır. Kamu hizmetlerini kuran hukukun kaynağı nedir sorusu, kamu hizmetlerinin kaynağı nedir sorusunu içermektedir.

Kamu hizmetlerine sübjektivist yaklaşım hukuk felsefesindeki iradeci pozitivizm içinde yer alır. Buna göre, hukuk kurucu iradenin (tanrı, kral, meclis...) irade açıklamalarından kaynaklanır. Hukukun tek geçerli kaynağı, günümüze uygulayarak söyleyelim, meclistir. Kamu hizmetlerine objektivist yaklaşım hukukun kaynağını kurucu iradenin dışında arar. Bu akımın kurucusu olduğu kabul edilen Duguit'ye göre, hukuk kurallarını üreten toplumsal dayanışmanın gerekleridir; yasakoyucunun işlevi bunları formüle etmekle sınırlıdır. Birinci anlayış devlet iradesinin keyfi (takdiri) seçişlerinin hukuku yarattığını kabul ederken ikinci anlayış hukukun devlet dışında (tanrı tarafından, toplumsal dayanışma tarafından veya

iktisadi gerçeklik tarafından) yaratıldığını kabul etmektedir. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız kamu hizmetine ilişkin yaklaşımlardan üçüncüsü sübjektivist akım çerçevesinde yer almakta; birinci ve ikinci yaklaşımlar da objektivist akım çerçevesinde kalmaktadır.

Türkiye’de günümüzde pozitivist-sübjektivist anlayış egemendir. Örneğin, elektrik işverenleri, enerji üretim, iletim ve dağıtımının bir yasayla kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasını istemektedirler. Kamu hukuku öğretisine hakim olan anlayış da budur. Kamu hizmeti bir yasayla kurulduğuna göre, bir yasayla da kaldırılabilir. Bu yaklaşımın, söz gelimi özel güvenlik şirketleri sendikasının şehirlerdeki güvenlik ve asayiş hizmetlerinin bir yasayla kamu hizmeti olmaktan çıkarılması önerisini de aynı doğallıkla karşılaması beklenebilir. Söz konusu yaklaşımdan ayrılan tek aktör Anayasa Mahkemesi olmuştur. Mahkemeye göre, kimi konular yasakoyucunun iradesinden bağımsız olarak kamu hizmeti niteliği taşımaktadır. Ancak kararlarda açık bir anayasa hükmü dayanak alınmadığı gibi, kamu hizmeti olduğu kabul edilen faaliyetlerin iktisadi niteliğine, toplumsal dayanışmadaki yerine ... vs’ye de atıf yapılmamıştır.

Pozitivist-sübjektivist anlayışın, devletin iradesine tanıdığı kurucu niteliği tanımak bir zorunluluktur. Zira, hukuk kuralını diğer kurallardan ayıran özellik devletçe yaptırıma bağlanmış olmasıdır. Ayrıca kapitalist toplum, “toplumun yönetimini” siyasal alana havale ettiğine göre kural koyma ve uygulama tekeli siyasal alanın örgütünde olduğuna göre, devlet hukuk kuralları aracılığıyla irade açıklar. Günümüzde devlet iradesi olmadan hukuk kuralı mevcut değildir. Çeşitli toplumsal gruplarda geçerli olan ve grubun iktidarınca yaptırıma bağlanan kuralların hukuk kuralı olmadığı açıktır. Kısmi iktidarlardan farklı olarak devletin iktidarı mutlaklıdır. (A holdinginin X fabrikasında kurduğu işleyişe ilişkin kurallar hukuk kuralı değildir.) Özetle hukukun, konumuz açısından kamu hizmetlerinin oluşturulmasında devletin irade açıklaması olmazsa olmaz koşuldur. Kamu hizmeti de toplumsal ihtiyaçları karşılayacak belirli faaliyetler devlet tarafından üstlenildiğinde ortaya çıkar.

Devletin hukuk kuralı şeklinde ortaya çıkan kurucu, üstlenici irade açıklaması

kamu hizmetlerinin varlığı için zorunludur. Ancak önemli olan -sübjektivist-pozitivist anlayışın gözardı ettiği nokta- sözkonusu iradenin kaynağıdır. Devletin iradesinin kaynağını araştırmadan hukuksal kurumları ve doğal olarak kamu hizmeti kavramını anlayabilmemiz mümkün değildir. Laik bir siyasal sistem benimsediğimize göre devletin iradesinin tanrısal veya aşkın bir kaynağı olmadığı kabul edebiliriz. Kamu hizmetine ilişkin birinci ve ikinci yaklaşımlar (“devletin işlevleri” yaklaşımını bunun dışında tutabiliriz) için devletin iradesinin kaynağı sırasıyla şeylerin iktisadi doğası ve toplumsal dayanışmanın gerekleridir.

Devletin iradesinin kaynağına ilişkin önemli bir unsur da hukuk sisteminin kendisidir. Hukuk bir sistem olarak varlık kazandıktan sonra, sistem olmasından kaynaklanan gerekleri kurucu iradeye dayatır. Örneğin, “sistem” olmanın varlık nedeni olan içtutarlılık ve kurallar hiyerarşisi. Türkiye’de özelleştirmeyi gerçekleştirme çabalarında hukukun dayattığı içtutarlılık zorunluluğunun sürekli gözardı edilmesi önemli sorunlar doğurmuştur.

Hukuk, insan davranışlarını düzenlemek için devletçe konulan (ya da korunan) kurallar dizgesini dile getirir. Kendisini destekleyecek bir kamu gücü olmaksızın hukuk varolamaz. Tanımda bu noktada kalmak, pozitivistlerin yanılgısını paylaşmak olur. Kamu otoritesinin açık onayını alan bu kuralların seçilmesini hangi koşulların etkilediği sorusu yanıtlanarak bütünlük oluşturulabilir.

“Nasıl ki tek başına bırakılmış bir insanda, faaliyetlerinin bütün devindirici güçleri, onu harekete geçirmek için zorunlu olarak beyinden geçmeli, onun iradesinin dürtülerine dönüşmeliyse, aynı şekilde sivil toplumun bütün gereksinimleri de iktidardaki sınıf hangisi olursa olsun -herkese kendilerini yasa biçiminde dayatmaları için devletin iradesinden geçmelidirler. İşin kendiliğinden anlaşılan biçimsel yanı budur; sorun, yalnızca salt biçimsel olan bu iradenin -bireyin olduğu gibi devletin iradesinin de- içeriğinin ne olduğu ve bu içeriğin nereden geldiği, neden özellikle şu şeyin değil de bu şeyin istendiği sorunudur. Eğer bunun nedenini arayacak olursak modern tarihte devlet iradesinin bütünü içinde sivil toplumun değişik gereksinimleri ile şu ya da bu sınıfın üstünlüğü ile son tahlilde üretici güçlerin ve değişim

ilişkilerinin gelişimiyle belirlendiğini buluruz.”¹⁴⁸

Tezimizin sınırlı kapsamı içinde, devletin iradesinin kaynağına ilişkin bu saptamanın gereklerini yerine getirmemiz olanaklı değildir. Ancak, yukarıda “devletin işlevleri” başlığında ele aldığımız yaklaşım, devlet iradesinin içeriğine ilişkin bu saptamayı aydınlatıcı niteliktedir. Ayrıca, aşağıda “kamu hizmeti hukuksal gelişiminin hukuk ötesi bağlamı” başlığında, kamu hizmeti oluşturma iradesinin kaynağına ilişkin, -sınırlı da olsa- bir tarihsel değerlendirme bulunmaktadır.

Özetle hukukun ve kamu hizmetinin kurulmasında devletin kurucu rolünün kabulü zorunluluktur. Ancak devletin kurucu iradesi tamamen keyfi biçimde ortaya çıkmaz. Varlığını güvenceye almayı üstlendiği üretim biçiminin gerekleri ve bu işlev için zorunlu olan kendi varlığının gerekleri ile belirlenmiş ve sınırlanmıştır. Devletin (yönetenlerin) kurucu iradesiyle sözkonusu belirleyiciler arasında yüzde yüz bir örtüşme olması mümkün değildir. Sapmalar arızı nedenlerden kaynaklanabileceği gibi (örneğin, parlamentodaki partiler arası güç dengeleri) devletin işlevleri bahsinde değindiğimiz yapısal nedenler de sözkonusu olabilir.

Bu konuyla bağlantılı olarak devletin kamu hizmetleri kurmasının, üstlenmesinin sınırları sorunu ele alınmalıdır.

2. Devletin Kamu Hizmeti Üstlenmesinin Alt ve Üst Sınırları Sorunu

Devletin kamu hizmetleri üstlenmesinin alt ve üst sınırları nelerdir? Üst sınır bakımından, devlet toplumsal ihtiyaçların tümünün karşılanmasını, piyasaya bırakmayıp üstlenerek siyasal alanı olabildiğince genişletebilir mi? Alt sınır bakımından; devlet her türlü toplumsal ihtiyacın karşılanmasını piyasaya bırakarak, siyasal alanı olabildiğince daraltabilir mi?

¹⁴⁸ Friedrich Engels, **Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu** (Çev. Sevim Belli), 3.B., Ankara, Sol Yayınları, 1992, s,51

Kamu hizmetleri ve hukuk konusunda sübjektivist anlayışı benimseyenlere göre herhangi bir sorun olmamalıdır. Zira devlet, kamu hizmetinin sınırlarını irade açıklamasıyla serbestçe daraltıp genişletebilir. İktisadi mali yaklaşıma gelince, devlet faaliyeti kamusal malların üretimiyle sınırlanmalıdır; devlet tercihen saf kamusal mallar alanında faaliyet göstermeli bu alanı aşp karma mallar alanına girmesi ancak piyasayı düzeltici olarak istisnai durumlarda mümkün olabilmeli; özel mallar alanına kesinlikle dokunmamalıdır. Duguit'nin yaklaşımında devletin bir takdir marjı yoktur. Devlet toplumsal dayanışmanın doğurduğu ihtiyaçları üstlenir; devletin üstlenmesi ile toplumsal dayanışmanın gerekleri arasında teorik olarak sapma olmamalıdır; fiilen ortaya çıkacak sapma da düzeltici tepkilerle (toplumsal huzursuzluklar ve ileri aşamalarda isyanlar gibi) giderilir.

Sözkonusu soruya yanıt verebilmek için konuyu tarihsel bağlamında değerlendirmek gerekir. Kapitalist üretim biçiminin esas olduğu toplumsal yapıların devleti için siyasal alanın sınırlarını ençoklaştırmak mümkün değildir; zira kapitalist üretim biçiminde kural, ihtiyaçların kapitalist üretim ve değişim aracılığıyla piyasada karşılanmasıdır. Devletin üstlendiği her faaliyet (kimi zaman güvenlik bile) bu kuralın istisnasıdır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi devletin ihtiyaçları karşılayıcı faaliyetlerinde piyasa kuralları/ilkeleri belirli oranlarda ama zorunlu olarak geçersizleşmektedir. Devletin üstlendiği alanlar, sözkonusu faaliyetler kapitalist üretiminin ihtiyaçları doğrultusunda üstlenilmiş olsalar da piyasa için geçici olarak vazgeçilmiş faaliyet ve kâr alanlarıdır. Örneğin, Türkiye’de bir dönem çelik üretiminin devletçe üstlenilmiş olması, bu tip yatırımları gerçekleştirebilecek sermaye birikimine sahip olmayan Türk kapitalizmi için bir zorunluluktur. Ayrıca, sözkonusu devlet girişimiyle beyaz eşya ve otomotiv sanayiine kamuca ucuz girdi sağlanıyordu.¹⁴⁹ Günümüzde, artık önemli sermaye birikimine sahip olan Türk

¹⁴⁹ Örneğin “1960’ta kurulan ERDEMİR yassı çelik üretiminde uzmanlaşır. Kuruluşu, Türkiye’de yassı çeliği hammadde olarak kullanan sanayilerin kurulmakta olduğu bir döneme rastlar (s.54). Ereğli Demir Çelik, Türkiye’de ticari sermaye ithal ikamesi yoluyla sanayiye yönelmeye başladığı bir anda, uluslararası sanayiyle bütünleşmiş sanayi şirketlerine –ki bu şirketler çoklukla otomobil, elektrikli ev eşyası, tüp ve boru, madeni eşya gibi vb dallarda faaliyet göstermektedirler- girdi, yani yassı çelik sağlamak üzere kurulmuştur”, Nora Şeni,

kapitalizmi için, sözkonusu devlet faaliyeti bir an önce özel kesime devredilmesi ya da tasfiye edilmesi gereken verimsiz bir kamu işletmesidir.

Keynesyen iktisat politikalarının Fordist iş örgütlenmesiyle birleştiği dönemler kamu hizmetlerinin ençoklaştığı dönemler olmuştur. Devlet bu dönemde kapitalist birikim rejiminin ihtiyaçlarına uygun olarak pek çok ihtiyacın karşılanmasını kamu hizmeti olarak üstlenmiştir. Günümüzde yaşanan “kamu hizmeti krizi” bu mirasın tasfiyesinin güçlüğünden kaynaklanmaktadır.

Üst sınırı, üretim biçiminin özellikleriyle değerlendirdiğimiz gibi alt sınırı da aynı şekilde ele almalıyız. Kapitalist üretim biçiminin geçerli olduğu toplumsal yapıda devlet faaliyetinin alt sınırı neresidir? Klasik liberal literatürün saptamasıyla devletin iç ve dış güvenlik, adalet ve dış ilişkiler faaliyetlerini gerçekleştirmesi yeterlidir. Bu anlayışa göre, kamu hizmeti egemenliğe değgin (*regalien*) hizmetlerle sınırlıdır. Kapitalist toplumsal yapıda devlet faaliyetinin alt sınırı, siyasal yapının dayandığı üretim biçiminin varlığını korumak ve sürdürmek için gerekli olan minimum faaliyetlerdir. İlke olarak, piyasanın işleyişinin devletin piyasadakilere benzer faaliyetlere girişmesinin gerektirmeyecek kadar düzgün olduğu kabul edilir. Bu durumda devletin faaliyetleri, tüm toplum üzerinde güç kullanabilme ve hakemlik niteliğiyle sınırlı biçimde ortaya çıkar. Örneğin, bu varsayımda, ihtiyacı piyasa karşıladığı için devlet eğitim faaliyetinde bulunmaz; emek maliyetini düşürmek için ucuz konut, gıda, toplu taşıma ...vs sağlamaz. Dış ilişkileri yürütür, dış ve iç güvenliği sağlar, adalet hizmetini yerine getirir; yani piyasanın işleyebilmesi için gerekli olan düzeni kurar ve korur. “Hayat, hürriyet, mülkiyet” ilkeleriyle kurulan üretim ilişkileri alanının varlığını sürdürebilmesi bu ilkelerin siyasal örgüt tarafından güvenceye alınmasıyla mümkündür. Ancak belirttiğimiz gibi, bu derece mükemmel (tam) işleyiş bir varsayımdır ve gerçekte devlet faaliyetinin alt sınırını belirleyen, üretim biçiminin

Emperyalist Sistemde “Kontrol Sanayii” ve Ereğli Demir-Çelik, İstanbul, Birikim Yayınları Yerli Araştırmalar Dizisi, 1978, s.137; Şeni’nin çalışmasının ilginç yönü, bu ve benzeri sanayi tesislerinin, genel kabulün aksine “ulusal kalkınma çabası” çerçevesinde kurulmadığını, uluslararası sermayenin, hegemonik niteliğini yitiren (yani diğer sanayi dalları için en büyük üretkenlik artışını sağlayacak temel sanayiler) sanayileri, ucuz

varlığını korumak ve sürdürmek için gerekli minimum ihtiyaçların karşılanması, her zaman için devletin piyasadakilere benzer faaliyetlere girişmesini (devletin üretim ilişkileri alanına fiilen sarkmasını) gerektirir . Yoksulluğun sistemin varlığını tehdit ettiği bir durumda devletin fırın açması, gıda maddesi üretmesi, tanzim satış mağazası işletmesi sözkonusu minimumun içinde yer alacaktır. Tarihin hiçbir döneminde devlet, sadece düzen ve adalet sağlama faaliyetleriyle, yani bastırıcı faaliyetlerle (kolluk) yetinememiştir. ¹⁵⁰ Düzenin sağlanması her zaman bastırıcı faaliyetleri aşan etkinliklere girişilmesini gerektirmiştir.

Sübjektivist görüşün aksine, devlet faaliyet sınırlarını belirlemede özgür değildir. Devletin istediği alanları siyasallaştırabileceği (kamusal faaliyet olarak üstlenebileceği), istediklerini serbestçe özel alana bırakabileceği kabul edilirse ilginç ve sonuçlara ulaşılabilir. Buna göre, çıkarılacak yasalarla tüm toplumsal ihtiyaçları karşılama devletçe üstlenilerek üretim ilişkileri alanı tamamen siyasallaştırılabileceği gibi, yine yasalarla devlet tüm alanlardan tasfiye edilip özel alanın tüm toplumsal yaşamı kaplaması sağlanabilecektir. Bu anlayışla, devletin sonu sorunu bir yasa sorununa indirgenebilmektedir. Devletin alt ve üst sınırlarına doğru yüzde yüz genişlemesi devletin sonunu ifade eder. Birinci hipotezde -liberal ütopyları bile aşar- devlet tamamen ortadan kalkar. İkinci hipotezde siyasal alan o kadar genişler ki tüm sivil toplumu yutar; üretim ilişkileri alanı siyasal alan ayrımı kaybolduğu için devlet kavramı da ortadan kalkar. Sübjektivist anlayış tam olarak uygulanırsa, her iki sonuç da yasa çıkarılarak elde edilebilecek niteliktedir.

işgücünden istifade edebileceği ve yerli sermaye bağlantılarından yararlanabileceği bölgelere kaydırma arayışıyla açıklamasıdır.

¹⁵⁰ Özelleştirme İdaresi Başkanlığının bültenlerinde, önceleri sağlık ve eğitim devletin asli görevleri arasında sayılırken son dönemde bunlar çıkarılmış, asli görevler adalet, güvenlik ve özel sektör tarafından yüklenilemeyecek altyapı yatırımları olarak belirtilmiştir. Aktaran, Türk-İş, **KİT'ler ve Özelleştirme**, s.125; Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, özelleştirmenin “ana felsefesini” saptarken “devletin asli görevlerini”, adalet ve güvenliğin sağlanması” ile “özel sektör tarafından yüklenilemeyecek altyapı yatırımları” olarak belirlemektedir. <http://www.öib.gov.tr>, 6.4.2001

3. Kamu Hizmeti Olarak Üstlenme - Üstlenilmiş Alanda Faaliyette Bulunma

Kamu hizmetleri kurması, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak kimi mal ve hizmet üretme faaliyetlerini belirli oranlarda piyasa dışına aktararak üstlenmesi devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği alanda bizzat faaliyette bulunduğunu göstermez.

Kural olan, tamamen veya çeşitli unsurlar bakımından piyasa dışına çıkardığı alanda devletin kendisinin faaliyet göstermesidir. İdare hukukunun klasik “emanet” kavramı bu hipotezi ifade eder. Ancak pek çok durumda, kamu hizmeti olarak üstlenilen alanlardaki üretimi devlet bizzat yerine getirmeyip piyasanın aktörlerinden birine bırakmaktadır. İdare hukukunda kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi başlığı altında anlatılan imtiyaz, müşterek emanet, iltizam, yap-işlet-devret, yap-işlet ...vb kavramlar da bu hipotezi ifade eder.

Devlet kamu hizmeti olarak üstlendiği her alanda toplumsal ihtiyacı karşılayacak hizmeti bizzat yerine getirmeyip. Kamu hizmeti alanlarında siyasal örgütün faaliyet göstermesi asıldır; zira bu alanlar piyasanın işleyiş kurallarından bağışık kılınmış nitelikleriyle ayrıcalık veya sınırlanma alanlarıdır.¹⁵¹ Genel olarak kamu hukuku, özel olarak da idare hukuku özü itibarıyla siyasal örgütlenmenin ayrıcalıklarının hukukudur.¹⁵² Piyasa aktörlerinden herhangi birinin sözkonusu ayrıcalıklara sahip olarak faaliyet göstermesi üretim ilişkileri alanının işleyiş kurallarına aykırıdır. Bu durumlarda faaliyetin herkesin örgütü olan devlete havale edilmesi gerekir. (Neo-klasik iktisadın bazı malları kamusal mallar olarak tanımlıyor

¹⁵¹ Pierre Delvolvé, kamu hizmetlerinin idareye tanıdığı ayrıcalıklarla kamu hürriyetleri için önemli tehlike oluşturduğunu ileri sürmektedir. “Service public et libertés publiques”, **RFDA**, 1985, s.1-11; Benzer görüş Evelyne Pisier, “Service public et libertés publiques”, **Pouvoirs**, sy. 36, 1986, s.143-154

¹⁵² Jean-Claude Venezia, idare hukukundaki kamu gücü ayrıcalıklarının özel hukuk karşısında özellik taşımadığını, özel hukukta da eşitsizlik durumları, tek yanlı işlem ve re’sen icra özellikleri olduğu görüşünü savunmaktadır. “Puissance publique, puissance privée”, **Melanges Eisenmann**, Cujas, 1974, s.367-vd. Ancak yazar, idare hukukuna özelliğini verenin ne olduğunu, idare hukukunun varlık nedeninin ne olduğunu açıklamıyor.

üretimini devlete bırakması da bu anlayışa dayanır. Piyasa aktörlerinden herhangi biri tarafından üstlenilmesi durumunda piyasanın işleyişini bozacak faaliyetler devlete bırakılır.) Örneğin, doğal tekel durumları bir yana, devlet herhangi bir alanda siyasal kararlarla tekel yaratabilir (siyasal tekel). Doğal ya da siyasal tekellerin bulunduğu alanlarda kural devletin faaliyet göstermesidir.

Siyasal güç kullanılmasıyla elde edilebilecek piyasa kurallarından kurtulma ayrıcalıkları yine ancak siyasal örgüt tarafından kullanılmalıdır. Faaliyetlerini kişilerden zorla alınan paralarla finanse etme yani vergi toplama; sözleşme özgürlüğü ve bunun sonuçlarından bağışık olarak işgücü kullanma yani memur çalıştırma; satış bedelini piyasanın değerlendirme kurallarından bağışık olarak belirleme; tekeldi durumlardan yararlanma; alım satım ilişkilerinde kimi zaman sözleşme özgürlüğü kurallarından bağışık olma (istimval, istimlak); olağanüstü durumlarda olağanüstü yetkilerden yararlanma ve bütün bunların yanı sıra, idare hukukunun uygulandığı ülkelerde, faaliyetlerinin büyük bir kısmında sivil toplumun tabi olduğu hukuktan ve yargı düzeninden farklı bir hukuka ve yargı düzenine tabi olma. Bunlar, kural olarak piyasa aktörlerinin kullanabileceği ayrıcalıklar değildir.

Devlet, kamu hizmeti olarak belirlediği alanlarda, faaliyetin belirli oranda siyasal/kamusal nitelik kazanması nedeniyle ortaya çıkan bu ayrıcalıkları kullanarak somut örgütlenmesi (idare) aracılığıyla gerekli toplumsal üretimi gerçekleştirir.¹⁵³ Ancak, pek çok durumda devlet kamu hizmeti olarak üstlendiği alanda faaliyeti gerçekleştirmeyi piyasa aktörlerine bırakır. Bu durum, bazı alanların fiilen piyasanın faaliyet alanlarından olmasından farklıdır. Zaten kural toplumsal ihtiyaçların özel girişimce karşılanmasıdır. Piyasada faaliyet gösterecek kişi devletin dolayımına gerek kalmadan (sözleşme veya tek taraflı bir işlemle yetkilendirilmeden) faaliyetine girişir. Sözünü ettiğimiz durum, devletin önceden üstlenerek tamamen veya belli oranlarda siyasal alana dahil ettiği faaliyetleri yeniden tamamen veya kısmen özel alana bırakmasından da farklıdır. Devlet bir alanı kamu hizmeti olarak üstlenmekte fakat o

¹⁵³ Yalnızca ayrıcalıklardan söz edilmekle birlikte ayrıcalıkların yükümlülükler içerdiği de unutulmamalıdır. Siyasal alanın demokratikleşmesi ve insan haklarıyla kuşatılması oranında siyasal ayrıcalıklar ancak belirli “usuller” çerçevesinde kullanılabilecek yetkilere dönüşür.

alandaki toplumsal ihtiyacı karşılayacak üretimi yapmayı piyasa aktörlerinden birine (özel kişiye) bırakmaktadır. Faaliyetin kamu hizmeti niteliği kazanmasından kaynaklanan piyasa kurallarından bağışık olma ayrıcalıklarından yine piyasa aktörlerinden biri yararlanmaktadır. Söz konusu durumun, en önemli ve yaygın hukuki usullerinden birinin dilimizde “imtiyaz” olarak adlandırılması kavramla terim uyumunun iyi bir örneğini oluşturmaktadır.¹⁵⁴

Kamu hizmeti alanlarında (siyasal alanlarda) özel kişilerin (piyasa aktörlerinin) faaliyet göstermesi¹⁵⁵ siyasal alanın (devletin/kamu hizmetinin) sınırlarını belirlemeyi güçleştirmektedir.¹⁵⁶

Toplumsal ihtiyaçların karşılanması için özel kişi (piyasa aktörü) tarafından gerçekleştirilen faaliyetin kamu hizmeti olarak ortaya çıkması ancak siyasal alanın örgütünün müdahalesiyle söz konusu faaliyetin üretim ilişkileri alanının birkısım ya da bütün zorunluluklarından kurtarılmış olmasıyla mümkündür. Örneğin herhangi bir girişimcinin gerekli izinleri aldıktan sonra (belediyeden işyeri açma ruhsatı, vs....) otomobil fabrikası, bir elektrik santrali açıp, üretim ilişkileri alanının (piyasanın) kuralları çerçevesinde üretim ve ticaret yapması ile bir kişinin siyasal örgütlenme ile (merkezi yönetim, yerel yönetimler) bir anlaşma yapıp (kurulacak ilişkinin hukuki biçimi farklı olabilir: değişik sözleşme tipleri ve ruhsat yöntemleri) bir bölgede üretim ve ticaret tekeli alması, belirli kaynaklardan ayrıcalıklı yararlanması, devletin girişimciyi piyasa risklerinden kurtaracak şekilde uzun süreli alım güvencesi vermesi,

¹⁵⁴ Fransızca’daki “*concession*” teriminde de ayrıcalık ilk anlamdır. İngilizce’de de ikinci anlam “bir kişiye verilen ayrıcalık”tır.

¹⁵⁵ Ortaçağın loncalarını andıran meslek odaları ve barolar ilginç örnekler. Sivil toplumda siyasal ayrıcalıklar kullanan bu kurumlar yetkilerini Anayasa’dan alıyor.

¹⁵⁶ Örneğin, belediye personel rejimini araştırmak için yapılan çalışmada belediyelerin sınırlarının saptanması da aynı nedenle oldukça güçtü. “Belediye meclis, encümen, başkan, genel sekreter, daire başkanlıkları vs... den oluşan klâsik yapıyla mı sınırlanmalıdır? Yoksa, belediye, klasik görevlerini devrettiği şirketleri ve şirketlerin de şirketleriyle mi değerlendirilmelidir? Belediye yerel ortak ihtiyaçların karşılanmasıyla yani yerel kamu hizmetleriyle tanımlandığına göre, belediye artık daralmış klasik yapısına, belediye çıkışlı kamu hizmetlerinin yayıldığı yapılar da eklenerek değerlendirilebilir.” Onur Karahanoğulları, “Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler”, **AÜHFD**, c.47, 1998, s.283

mallarını tekel altında, devletin belirleyeceği ve her zaman kârı garantileyecek bir tarifieden satışı imkânına sahip olması, işçi ücretlerinin girişimci için devletçe dondurulması, işçilerin devletçe sendikasılaştırılması, girişimciye kamulaştırma yönteminden yararlanma imkânı verilmesi gibi durumlar arasında bir fark olduğu açıktır.¹⁵⁷ Birinci durumda faaliyet tamamen piyasa ilişkileri alanında kalırken, ikinci durumda belirli oranda siyasallaşmakta, kamusallaşmaktadır. Zira devlet tarafından sözkonusu faaliyet piyasanın kurallarından belirli oranda bağışık kılınmaktadır. Konu olarak benzer faaliyetleri kamu hizmeti-özel hizmet olarak farklılaştıran da bu durumdur.¹⁵⁸

Her iki durumda da faaliyette kamu yararı mevcuttur. Her iki faaliyetle de toplumsal ihtiyacın karşılanmasına yönelik bir üretim gerçekleştirilmektedir. Her iki faaliyette de kamu yararı, genel yarar mevcuttur. Kamu hizmetinin kurucu unsuru olarak faaliyetin kamu yararına olması alınır, ki öğretide hakim yaklaşım budur, örneğimizdeki faaliyetler arasındaki farkı açıklamak zorlaşacaktır. Lachaume, farkı açıklayabilmek için, genel/herkesçe kullanılan kamu yararı (l'intérêt général banal) ile kamu hizmetinin amacı olarak kamu yararı (l'intérêt général-but du service public) arasında ayırım yapmaktadır ve birincisinin ancak kamu gücünün müdahalesi

¹⁵⁷ Serbest bölgeler bu konuda önemli bir örnektir. Anayasa Mahkemesi, serbest bölgenin faaliyete geçmesi tarihinden itibaren on yıl süre ile grev, lokavt ve arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlemesini, “bu yolla bölgedeki çalışma düzeninin kuruluş ve yatırım faaliyetlerinin yoğun olduğu ilk on yıllık dönemin risklerinden uzak istikrar içinde muhafaza edilmesi amaçlanmıştır” gerekçesiyle Anayasaya uygun bulunmuştur. (AM, E.1985/21, K.1986, k.t.6.10.1986, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)**, c.4, s. 71/1).

Anayasa Mahkemesi’nin ilginç bir diğer kararında da Yardım Sevenler Derneği atölyelerinde çalışanların İş Kanunu’nu kapsamından çıkarılması, “kamu yararına olan sosyal yardım faaliyetlerini daha etkin biçimde sürdürebilmesi amacı” gerekçesiyle anayasaya aykırı görülmemiştir (AM, E.1981/13, K.1983/8, k.t.28.4.1983, **AMKD**, sy.20, s.48-66).

¹⁵⁸ Duguit bu durumu şöyle saptıyor: “Kamu hizmeti, yönetenler lehine bir tekeli varsaymaz; bireyler tarafından serbestçe yerine getirilen kimi faaliyetler de yönetenler ve görevlileri tarafından yerine getirildiği oranda kamu hizmetlerinin konusu olurlar. Örneğin eğitim ve sosyal yardım.” Duguit, **Manuel de droit constitutionnel**, 1923, s.74. Ancak Duguit “yerine getirilmeleri gerçek anlamda, yönetenlerden talep edilen (yönetenlere düşen) hizmetlerin olduğunu” da kabul etmektedir. s.75

ile ikincisine dönüşebileceğini belirtmektedir.¹⁵⁹ Kamu gücünün müdahalesi elbette salt bir adlandırma değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, sübjektivist görüş devletin adlandırmasını yeterli saymakta, bu nedenle de kamu hizmetlerini çeşitli faaliyetlere keyfi şekilde yapıştırılan etiketler olarak nitelemektedir.

Devletin bir faaliyeti üstlenerek kamu hizmeti alanına dahil etmesi, o faaliyetin tamamen veya kısmen siyasallaştırılmasıyla yani üretim ilişkileri alanının ilkelerinden kısmen veya tamamen bağışık kılınmasıyla gerçekleştirilir. Yani salt bir etiketlendirme yeterli değildir. Devlet tarafından üstlenilen faaliyetlerin kimin tarafından gerçekleştirildiği ayrı bir sorundur. Bir alanın yasa çıkarılarak açıkça kamu hizmeti alanı olarak tanımlanması, yasada hiçbir adlandırma yapmadan kurulan idari teşkilatla ya da idari teşkilat kurmadan faaliyete tanınan kamusal ayrıcalıklarla faaliyetin belirli oranda piyasa dışına çıkarılması bir üstlenme olduğu gibi, siyasal alanın örgütünce (idarece), piyasa aktörlerinden birine (özel kişilere) toplumsal ihtiyaçları karşılayacak faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde, sözkonusu faaliyeti belirli oranda piyasanın ilkelerinden bağışık kılacak ayrıcalıklar tanınması da bir üstlenmedir ve hatta Fransa’da bir dönem mahkeme kararlarında kullanılan “olası (*virtuel*) kamu hizmeti” anlayışında olduğu gibi, piyasa aktörü ile idare arasında böyle bir ilişki olmamasına karşın faaliyetin idari yargı tarafından kamu hizmeti sayılıp sivil toplumun ortak/olağan yargı düzeninden idari yargıya aktarılması da faaliyeti belirli oranda kamulaştırmaktadır.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak üstlenilmesi ile kamu hizmeti olarak üstlenilen faaliyetin piyasa aktörüne gördürülmesi arasında mutlaka kronolojik takip olması gerekmez. Yani önce bir üstlenici irade açıklaması daha sonra özel kişiye faaliyet devri. Bu normal olasılık olmakla birlikte, piyasa aktörü (özel kişi) ile idare arasında toplumsal ihtiyacı karşılayacak bir üretim faaliyetini gerçekleştirme konusunda kurulacak ilişkinin içeriği de o alanın artık devlet tarafından kamu hizmeti olarak üstlenildiğini gösterebilir. Nitekim yasada açıklık bulunmayan durumlarda idare ile özel kişi arasında kurulan ilişkinin unsurlarını değerlendiren

¹⁵⁹ Jean Françoise Lachaume, **Grands Services Publics**, Paris, Masson, 1989, s.40

idari yargı, faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıdığına bunun sonucu olarak da görevli olduğuna karar verebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, aynı uygulamayı yasalar için yapmıştır. Yasada açıkça kurulacak ilişkinin kamu hizmetine ait olmadığı belirtilmesine karşın, Anayasa Mahkemesi, yasal unsurları değerlendirmiş, bu unsurların konunun kamu hizmeti niteliğine delalet ettiği sonucuna vararak, bu durumlar için Anayasa'nın öngördüğü hukuki biçim ve görevli yargının dışına çıkamayacağına karar vermiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi yasama, idare mahkemesi kararlarını yap-işlet örneğinde çıkardığı yasalarla aşmaya çalışırken, Anayasa Mahkemesi "engelini" aşmak için anayasa değişikliğine gitmek zorunda kalmıştır.

4. Toplumsal İhtiyaçlarla Devletin Üstlenme İradesi Arasındaki Çelişki

Kamu hizmeti, siyasal alanın örgütünce (devletçe) kısmen veya tamamen üretim ilişkileri alanının kurallarından bağışık kılınarak üstlenilen, kamusal (siyasal) alana dahil edilen, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik faaliyetlerdir. Bu tanımda devletin kurucu rolü vurgulanmakla birlikte; devletin kurucu iradesinin tamamen serbest biçimde ortaya çıkmadığı da unutulmamalıdır. Devletin, kamu hizmetine ilişkin iradesi, varlığını güvenceye almayı üstlendiği üretim biçiminin gerekleri ve bu işlev için zorunlu olan kendi varlığının gerekleri ile belirlenmekte ve sınırlanmaktadır.

Devletin kurucu iradesiyle sözkonusu belirleyiciler arasında yüzde yüz bir örtüşme olması mümkün değildir. Bu noktada önemli bir sorun, devletin üstlenmesi ile toplumsal ihtiyaçlar arasındaki örtüşmezliğin yaptırımının ne olacağıdır. Sorunu, farklı terimlerle de ifade edebiliriz. Kamu hizmeti anlayışımızda organik ve maddi unsur birarada bulunmaktadır. Bu biraradalık her zaman uyumu ifade etmez. Kamu hizmetinin oluşumunda maddi unsurun eksik veya aşkın gerçekleşmesinin (uyumsuzluğunun) sonuçları ne olacaktır? Bu uyumsuzluğun düzelticisi, yaptırımı mevcut mudur?

Sözünü ettiğimiz uyumsuzluk, devletin kamu hizmetleri üstlenmesinde mütemerrid kalmasından kaynaklanabileceği gibi, devletin önceden üstlendiği alanların toplumsal ihtiyaç niteliğini yitirmesinden de kaynaklanabilir. Sadece üstlenmeme değil, üstlenme de kimi durumlarda uyumsuzluk yaratabilir.

Devletin varlığını güvenceye almak zorunda olduğu üretim biçiminin ve bu işlevi için zorunlu olan kendi varlığının gerekleri ile devletin iradesi arasındaki uyumsuzluk yapmama (üstlenmeme) veya etkili biçimde yapmama biçiminde ortaya çıkabilir. Anayasa’da kamusal işlev (görev) olarak öngörülmüş olmasına rağmen devletçe fiilen kamu hizmetine dönüştürülmeyen toplumsal ihtiyaçlar söz konusu olabilir.¹⁶⁰ Anayasa’nın özellikle sosyal haklara ilişkin düzenlemelerinde pek çok faaliyet devletin kamusal işlevleri arasında sayılmıştır. Örneğin, Anayasa’nın 53.maddesiyle kamu görevlilerine sendika kurma ve toplu görüşme yapma hakkı tanınmış ancak bu hakkın kullanılabilmesini sağlayacak kamu hizmeti (hakkın nasıl kullanılacağını gösteren, kullanılmasına aracılık edecek teşkilatı, örneğin çalışma bakanlığında veya devlet personel dairesi başkanlığında bir kamu görevlileri sendikaları birimi, toplu görüşme birimi vs) oluşturulmamıştır. Bunun gibi Anayasa’nın 167.maddesinde *"devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler"* hükmü yer almasına karşın, devletin, sermaye piyasası kanunu, tüketicinin korunması ve bankalar kanunu çıkarıp ilgili alanlarda düzenleme hizmetini üstlenmesi için yıllar geçmiş, Avrupa Birliği ile kurulan gümrük birliğine uyum amacıyla söz konusu yasalar çıkarılmıştır. Anayasa’nın temel haklara ilişkin düzenlemeleri de devletin hizmet üstlenmesini gerektirir. Örneğin 36 maddedeki hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi için devletin, herkese "meşru vasıta ve yollara" ulaşma imkânı tanınması, "yargı mercileri" kurması; adalet hizmetini üstlenmesi gerekir. Ayrıca, söz konusu üstlenme, hakkın kullanılmasını anlamlı kılacak içeriğe sahip olmalıdır. Günümüzde Anayasa’da kamusal işlev olarak devlete yüklenen adalet sağlama

¹⁶⁰ **infra.** “Anayasal Kamu Hizmetleri”

görevinin devlet tarafından hak arama hürriyetinin anlamlı biçimde kullanılmasını sağlayacak şekilde üstlenilip yerine getirildiği söylenemez.

Anayasa'da kamusal işlev olarak öngörülmüş alanlarda devletin kamu hizmeti oluşturmaması ya da yeterli içerikte oluşturmamasının yaptırımını var mıdır? Sorunu hukuki yaptırım açısından ele aldığımızda yargısal denetim olasılığı değerlendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi pek çok olayda, Anayasa'da öngörülen bir hakkın kullanılmasını, bir görevin yerine getirilmesini olanaklı kılacak gerekli düzenlemeleri yapmayan yasama organını zorlamak için iptal kararı verilemeyeceği sonucuna varmıştır.¹⁶¹ Ancak devletin o güne kadar üstlenmiş olduğu alanları boşaltması durumunda bu işlem yasayla yapılmışsa (örneğin özelleştirme, basit bir kaldırma) Anayasa Mahkemesi'nin denetimi sözkonusu olabilecektir.¹⁶² Sözkonusu durumlarda idarenin sorumluluğuna gidilebilip gidilemeyeceği de tartışılabilir. Hareketsizlik, yapmama durumu idari düzeyde gerçekleşiyorsa, idari yargıda olumsuz işlemin iptalini sağlamak ve tazminatlarla idareyi hizmeti fiilen kurmaya zorlamak mümkün olabilecektir.

Yukarıda devletin hukuken (Anayasa'da, yasada) öngörülmesine rağmen fiilen karşılamayı üstlenmediği toplumsal ihtiyaçlardan söz ettik. Bir başka olasılık da herhangi bir hukuki biçim almamış olan toplumsal ihtiyaçların devlete kendisini dayatmasıdır. Anayasalar -özellikle Anayasamız- kapsayıcı düzenlemeler olsalar da karşılanmasında anayasaca devlete herhangi bir rol verilmemiş yeni toplumsal ihtiyaçlar ortaya çıkabilir. Örneğin Anayasa'da açıkça öngörülmüş olmamasına

¹⁶¹ Anayasa Mahkemesi, “düzenlenmesi anayasaca zorunlu kılınmış olma” ölçütünü kullanmaktadır: “Anayasanın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi eksikliği, iptal nedeni olamaz. İsterse yer verip isterse yer vermeyeceği bu tür eksiklikler yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. Anayasanın öngördüğü, düzenlenmesini zorunlu kıldığı bir konudaki boşluk, aykırılık oluşturan bir eksiklik sayılarak iptal nedeni yapılmakla birlikte, yasakoyucunun anayasal ilkelere aykırı düşmeyen kimi durumlar ve kimileri için kimi nedenlerle, kimi düzenlemelere yer vermemesi eksikliği, iptal nedeni kabul edilemez” (AM, E.1988/3, K.1989/4, k.t.18.1.1989, **AMKD**, sy.25, s.29-32).

¹⁶² Fransız Anayasa Konseyi, devletin anayasa değişikliği yapmadan terk edemeyeceği alanları (hizmetleri), anayasal kamu hizmetlerini saptamıştır. **infra**. “Anayasal Kamu Hizmetleri”

karşın özelleştirme sivil toplumun (özellikle, kapitalist üretim ilişkileri alanının temel aktörlerinden biri olan sermayenin/özel girişimin) ihtiyacı olarak devlete kendisini dayatmış, devlet özelleştirmeyi bir kamu hizmeti olarak örgütlemiştir (Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Özelleştirme Yüksek Kurulu). Anayasa'da herhangi bir düzenleme olmamasına karşın, cumhurbaşkanının ya da başbakanın tüm resmi yurtdışı gezileri Türk girişimcilerinin ticari seferlerine dönüştürülmüştür; cumhurbaşkanı ve başbakanın Türkiye Cumhuriyetini temsil görevinin (dışilişkiler, diplomasi egemenliğe ilişkin kamu hizmetidir) yanına Türk özel sektörünü temsil işlevi de eklenmiştir. Örnekler çoğaltılabilir. Doğal afet mağdurlarının zararlarının devletçe karşılanması; yoksullara yardım gibi devletin fiilen üstlendiği pek çok hizmet Anayasa'da açıkça öngörülmemiştir. Kapsamına herşeyi sokabileceğimiz sosyal devlet ilkesini öngören "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan sosyal bir hukuk devletidir" (m.2) hükmünü ve devletin amaçlarını öngören (...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak suretle sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır) 5. madde hükmünü saymazsak tabii.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, devletin kamu hizmeti üstlenmesi iradesi ile toplumsal ihtiyaçlar arasındaki uyumsuzluk, devletin hareketsiz kalmasından kaynaklanabileceği gibi devletin önceden üstlendiği alanların toplumsal işbölümünde farklı nitelik kazanmasından da kaynaklanabilir.

Pozitif uyumsuzluk olarak adlandırabileceğimiz bu durumda ise, kurulan hizmet bir süre sonra, sivil toplumun ihtiyaçlarını ve bunları karşılamak için gerekli olan devletin ihtiyaçlarını karşılamaz veya onlara ters düşer. Bir dönem Türk sanayiine aramalı üretme, toplumsal işgücünün temel ihtiyaçlarının maliyetini sosyalleştirme işlevi görmek için, devletçe üstlenilen alanların pek çoğu günümüzde yine Türk sanayiince devletin biran önce terk etmesi gerekli alanlar olarak

görülmektedir. Özelleştirme kararının dava edilmesi vesilesiyle mahkeme kararlarına da geçen bir örnek verebiliriz. Sivil hava taşımacılığında yer hizmetleri ve uçakta servis hizmetleri verilmesi (USAŞ) önceden kamu girişimiyken özel sektöre devri kararı alınmış, karar idari yargıda dava konusu edilmiştir. Davalı idarenin yanında müdahil olarak yer alan özel girişimin en önemli iddiası sözkonusu hizmetlerin "kamu hizmeti" olmadığı bu nedenle ortada idari bir sözleşme bulunmadığı ve davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiği olmuştur. Müstehzi bir tarzda geliştirilen mantık yürütmeye göre uçak yolcularına yemek dağıtma gibi hizmetlerin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.¹⁶³ Müdahilin iddiasını gerekçelendirmek için biraz da karikatürleştirerek aktardığı dava konusu hizmetler aslında sivil hava taşımacılığının destek hizmetleridir. Bunların kamu hizmeti olmadığı saptaması karşısında iki soru akla gelebilir. Sözkonusu faaliyetler kamu hizmeti niteliğini sonradan mı kaybetti yoksa baştan beri bu niteliklerden yoksun muydu? Eğer baştan beri kamu hizmeti niteliği taşımayan bir faaliyet sözkonusu ise bunlar neden devlet tarafından üstlenilmiş ve bugüne kadar bir tepki doğmamıştır? Kanımızca örneğimizde, aktarmaya çalıştığımız “uyumsuzluk” durumlarının ikinci olasılığı geçerlidir. Türkiye’de sivil hava taşımacılığı ve buna bağlı destek hizmetleri çeşitli iktisadi nedenlerle (en azından bir dönem için geçerli olan büyük sermaye gerektirmesi, sermaye döngüsünün uzun olması, altyapının yetersizliği, pazarın yeterli derinliğe sahip olmaması gibi) devlet girişimine bırakılmış ya da tersinden söylersek sivil toplumun “gücü yetmediği” ve fakat ihtiyacı olduğu için devletçe üretim ilişkileri alanının kimi ilkelerinden bağışık kılınarak (devlet tekeli, kamu görevlisi, kamusal finansman, karlılık değil kamu yararı saiki) kamu hizmeti olarak üstlenilmiştir. KİT’ler için geçerli olan genel gelişme sivil hava taşımacılığı alanında da yaşanmıştır. Genel olarak sivil hava taşımacılığı Türk özel girişimcisinin gücünün yettiği ve kârlı bir faaliyet alanı haline gelirken buna bağlı destek hizmetleri de kârlı nitelik kazanmıştır. Az sayıda yolcuyu, kentin oldukça uzağındaki bir havaalanına

¹⁶³ Sözkonusu davada bu iddianın neden geçerli olamayacağına ilişkin -233 sayılı KHK’de faaliyetin zaten kamu hizmeti olarak nitelenmiş olması gibi- teknik gerekçeler bulunmakla birlikte bunların ele alınması konumuz açısından gereksiz bulunmaktadır.

haftanın birkaç günü taşımak ya da yolcu kapasitesi düşük uçaklarda servis hizmeti vermek kârlı faaliyetler değilken (fakat biri tarafından yapılması gerekirken), günümüzde sivil hava taşımacılığının hacmi bu alanları “doğal” piyasa faaliyetlerine dönüştürmüştür. Devlet bu alanları terk etmeli; zamanında siyasallaştırdığı (kamusallaştırdığı) alanı özelleştirmelidir.

Pozitif uyumsuzluk durumları devletin, işlevlerini gerçekleştirebilmek için karşılaması gereken kendi ihtiyaçlarına ilişkin olarak da doğabilir. Personel ve teşkilat reformlarına ilişkin tüm girişimler pozitif uyumsuzluk durumlarını ifade edebilir. Devlet görevlilerinin statüsünün bir süre sonra hizmet gerekleriyle uyumsuz hale gelmesi (yeni üretim süreçleri [emek] örgütleme tekniklerini uygulamaya başlayan ya da uygulamak isteyen kamu için memur statüsü esneklik ihtiyacını karşılamamaktadır), varolan mali sistemin devletin finansman ihtiyacını karşılamaması gibi örnekler verilebilir.¹⁶⁴

Hukuki biçim almış olan toplumsal ihtiyaçlarla devletin üstlenme iradesi arasında uyumsuzluk bulunması durumunda yeterli ya da yetersiz birtakım hukuki düzeltim/ yaptırım araçları bulunmakla birlikte, hukuki biçim almamış toplumsal ihtiyaçlar bakımından hukuki düzeltici veya yaptırım bulunmamaktadır.

Kamu hizmetinin sübjektivist anlayışında sözkonusu durumların hiçbir yaptırımı, düzelticisi bulunmamaktadır. Zira, aslında sübjektivist anlayışta, kamu hizmetinin, kuranın iradesi dışında herhangi bir toplumsal kaynağı olmadığından çelişki/uyumsuzluk durumu da sözkonusu değildir. Kamu hizmetleri konusunda, yasakoyucunun iradesinin dışında toplumsal gerçekliğe birincil önem atfeden Duguit,¹⁶⁵ uyumsuzluk durumlarını kabul etmekte, bunların toplumsal yaptırımları olacağını belirtmektedir. “Duguitci anlamda kamu hizmeti nesnel, soyut ve hukuki

¹⁶⁴ Türk idari yapısının, sivil toplumun ihtiyaçları doğrultusunda nasıl değişime uğradığını “idari reform” ve “yapısal uyarlama” dönemleştirmesiyle ayrıntılı bir şekilde incelenmesi için bkz. Birgül Ayman Güler, **Yeni Sağ ve Devletin Değişimi, Yapısal Uyarlama Politikaları**, Ankara, TODAİE, 1996

¹⁶⁵ Esas olarak nesnel bir anlayış benimsemekle birlikte, kurucu iradenin rolünü de vurgulamaktadır. Kamu hizmetlerini toplumsal dayanışma yaratır; yönetenler saptar. **supra**.

olmaktan ziyade toplumsal bir veridir. ... Kamu hizmeti Duguit'nin toplumsal dayanışma dediği genel rasyonalitenin gerçekleşmesi için yönetenlerce yapılması gereken faaliyetlerdir. Bu anlamda, yönetenlerin öznel iradesinin sonucu değil nesnel tarihsel bir veridir. ... Fakat kamu hizmetini saptamak gerektiğinde bu, yönetenlerin yetkisindedir, zira toplumsal dayanışmada bu görev onlara verilmiştir. Genel tarihsel rasyonalite, toplumsal dayanışma tarafından üretilen gereklilik ile yönetenler tarafından yapılan saptamalar arasında sürekli bir sapma olmasına engel olmaktadır. Bu saptamanın yaşandığı durumlarda, yönetenlerin isyanı gibi toplumsal mekanizmalar bir süre sonra dengeyi sağlayacaktır.”¹⁶⁶ Duguit'nin böyle bir toplumsal düzelticiyi öngörmüş olması bunu tavsiye ettiği anlamına gelmemektedir. Duguit “anarşist” olarak nitelenmekle birlikte, anarşi ve düzensizlikten çekindiği için yönetenlerin işlemlerine objektif hukuka uygunluk karinesi vermektedir; yönetilenler bu işlemlere uymalıdır.¹⁶⁷ Duguit için isyan fiili bir durumdur.

Düzeltilicinin/yaptırımın kaynağı (genel tarihsel rasyonalite) ve biçimi (isyan) konusunda Duguit'nin görüşlerini benimsemesek de toplumsal ihtiyaçlarla devletin iradesi arasındaki uyumsuzluk durumlarının bazılarının önemli toplumsal tepkiler ürettiğini ve bu tepkilerin de zaman zaman devletin iradesi üzerinde etkili olabildiğini kabul etmek gerekmektedir.

Kanımızca düzeltilicinin kaynağı, kamu hizmetlerinin kaynağıyla aynıdır. Düzeltilicinin biçimine gelince, “isyan”, her zaman “toplumsal kalkışma” şeklinde anlaşılmamalıdır. Toplumsal “tepkiler” de düzeltilici sonuçlar doğurabilir. Ancak her uyumsuzluğun her zaman toplumsal tepki üreteceği ve her toplumsal tepkinin de sonuç alacağı düşünülmemelidir.

¹⁶⁶ Mescheriakoff, **Droit des services publics**, s.49; Sapmanın “süreklilik” niteliği açıkça belirtilmiş, demek ki arızı sapma durumları da mevcut olabilir. Bunların özelliği, toplumsal dayanışmanın dengesini bozmayacak nitelikte olmalarıdır. Bu nedenle ciddi toplumsal düzeltilici tepkileri doğurmazlar.

¹⁶⁷ Jacques Chevallier, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, in **Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général Volume 2**, PUF, 1979, s.39

Toplumsal tepkiler sivil toplumun değişik aktörlerinden gelebilir. Örneğin, enerji üretimi konusunda bugüne kadar uygulanmış olan kamu hizmeti örgütlenmesinin değişmesini isteyen işveren kesimi, sendikaları, dernekleri, dergileri toplantıları bilim adamları aracılığıyla siyasal baskı üretebilir. Ya da örneğin, sosyal güvenliğe ilişkin bugüne kadar oluşturulmuş modelin değiştirilmesini, bu değişikliğin kendi aleyhine olacağını düşünen işçi kesimi, sendikaları aracılığıyla veya doğrudan büyük gösterilerle, toplantılarla engellemeye çalışabilir. Birinci örnekteki tepkilerin sonuç alabildiği ikinci örnektekilerin ise sonuç alamadığı, son anayasa değişiklikleri dahil, yapılan hukuki düzenlemelere bakıldığında görülebilir. Bunun dışında toplumsal tepkiler, sivil toplumun aktörlerinden değil de siyasal alanın aktörlerinden, örneğin kamu görevlilerinden de gelebilir. Kamu görevlilerinin sendika hakkı elde etmek için geliştirdikleri toplumsal mücadele, başkentin ana meydanını binlerce insanın iki gün trafiğe kapaması gibi büyük boyutlu tepkileri de içerecek şekilde yürütölmüştür. Anayasa değişikliğiyle kamu görevlilerine sendika kurma hakkı tanınmış olmasına karşın, bu hakkın uygulanmasını sağlayacak yasa çıkarılmamış, gerekli kamu hizmetleri teşkilatı kurulmamıştır. Siyasal alanın (devletin) aktörlerinden gelen toplumsal tepkilere değişik örnekler verilebilir. Yüksek yargı organlarının başkanlarının, yargı kamu hizmetinin sorunlarına ilişkin açıklamaları önemli tepkiler doğurmuş, ancak devletin iradesinde yargıç ve savcı maaşlarına yapılan zamlardan başka bir sonuç doğurmamıştır. Karma toplumsal tepkiler de görölmektedir. Fransa'da 1995'te ve 1999-2000'de kamu hizmetlerinin iyileştirilmesine yönelik toplumsal hareketlilik, işçi ve kamu görevlileri sendikaları, tüketici örgütleri ve siyasal hareketler tarafından yaratılmıştır. 1999'da başlayıp 2000'de de süren maliye çalışanlarının grevi, sağlık çalışanlarının ve öğrenci, öğretmen, veli üçlüsünün sürekli eylemleri maliye ve eğitim bakanlarını da içeren geniş çaplı bir hükümet değişikliği sonucunu doğurmuştur. Eylemleri güdüleyen, kamu hizmetlerinde personel sayısının dondurulması, kaynak yetersizliği, hizmet koşullarının gitgide zayıflaması ve bunu gidermeyi hedeflediğini açıklayan, ancak esas olarak personel indirimini ve işletmecii yöntemler uygulamayı amaçlayan reformlar olmuştur.

Toplumsal ihtiyaçlarla kamu hizmetleri arasında çelişki, hukuki ve toplumsal önemli tepkiler yaratabilmektedir. Sürekli sapmalar, önemli toplumsal tepkiler doğurabileceği gibi kamu hizmetlerinin bileşiminin değişmesine de yol açacaktır. Toplumsal gerginlikler arttığı oranda, kamu düzenini sağlamayı hedefleyen kamu hizmetleri yani kolluk faaliyetleri, diğer toplumsal ihtiyaçları karşılayan kamu hizmetleri karşısında ağırlık kazanacaktır.

D. Kamu Düzeni, Kayıtlayıcı Faaliyet, Yapıcı Faaliyet: Kolluk - Kamu Hizmeti İlişkisi

Kamu hizmeti kavramının, idarenin toplumsal düzeni (kamu düzenini) sağlama işlevini de kapsamına alıp almadığı tartışmalı olmuştur. Toplumsal iç düzeni sağlamayı ifade eden kolluk işlevinden farklı olarak, dış güvenliğin sağlanmasının kamu hizmeti niteliği konusunda bir görüş ayrılığı yoktur. Ulusal güvenliği sağlama faaliyeti bir kamu hizmetidir.¹⁶⁸

Devletin işlevleriyle kamu hizmetlerini eşitleyen kamu hizmetleri okullunun anlayışında kamu düzenini sağlama işlevinin de kamu hizmetleri başlığında değerlendirileceği açıktır. Bununla birlikte kamu hizmetinde bulunan “kamuya yararlandırıcı bir mal ve hizmet sunma, edimde bulunma” niteliğinin idarenin kamu düzenini sağlama faaliyetinde (kollukta) bulunmadığı; kolluk faaliyetlerinin yararlandırıcı değil, bireysel özgürlükleri sınırlayıcı faaliyetler olduğu, bu nedenle de kamu hizmetinden farklı nitelik taşıdığı görüşü de savunulmaktadır.¹⁶⁹

Fransız öğretisinde kamu hizmetinin bu niteliği “*la prestation (les prestations fournies au public)*” kavramıyla ifade edilmekte; bunun karşısına kolluk faaliyetinin “*la réglementation veya la prescription*” niteliği konulmaktadır. Varolduğu kabul edilen nitelik farklılığını ifade edecek Türkçe terimleri bulmak oldukça zordur. Sözkonusu karşılığı aktaran Tan, “edimde bulunma” ve “düzenleme” terimlerini kullanırken,¹⁷⁰ daha eski bir kaynakta Balta, “yapıcı faaliyet” ve “kayıtlayıcı faaliyet” terimlerini kullanmaktadır.¹⁷¹ “*Réglementation*” sözcüğünün birinci karşılığı olarak

¹⁶⁸ Auby-Ader, **Grands services publics ...**, 1969, s.33; Lachaume, **Grands Services Publics**, s.26

¹⁶⁹ Vedel’e göre, kolluk faaliyetinde bir hizmet sunumu yoktur; kolluk faaliyeti emredici niteliktedir ve kamu hizmeti kapsamında değerlendirilemez; idare hukuku ve idari yargıyı kamu hizmeti kavramı üzerine inşa edebilmek için yürütme gücünün diğer görünümünün özellikle kolluğun gözardı edilmesi hatalı olmuştur. Geoges Vedel, **Droit Administratif**, 5.B., Paris, PUF, 1973, s.92

¹⁷⁰ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar, c.1**, 1.B., Ankara, Turhan Kitabevi, , s.430

¹⁷¹ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku Ders Notları II**, tarihsiz, s.225

sözlükte “düzenleme, düzene koyma” verilmiştir.¹⁷² *la prescription* teriminin üçüncü ve dördüncü karşılığı “istemek, gerektirmek, zorunlu kılmak, buyurmak”tır.¹⁷³ Ancak biz kolluk faaliyetinin sözkonusu niteliğini ifade etmek için Balta’nın “kayıtlayıcı faaliyet” terimini kullanacağız. Zira, “idare, kamu düzenini bireylere ve topluluklarına yönelik emir ve yasaklarla korumakta ve sağlamaktadır. Bu nedenle idari kolluk faaliyetleri bireyler ve toplulukları ile idareyi temel hak ve özgürlükler konusunda karşı karşıya getiren bir idari faaliyet türüdür.”¹⁷⁴ Kolluk faaliyetinin bu niteliğini ifade etmek için, Fransızların kullandığı “*réglementation*” teriminin doğrudan karşılığı olan “düzenleme” teriminden ziyade kolluk faaliyetlerinin bireysel özgürlüklerle ilişkisini vurgulayan “kayıtlayıcı faaliyet” terimi daha işlevli olacaktır.

Kolluk faaliyetinin kayıtlayıcı niteliğinin karşısına, kamu hizmetinin “*prestation*” özelliği konmaktadır. Terimin sözlükteki karşılığı “yüküm, yükümlülük; yol vergisi, yol yükümü”dür.¹⁷⁵ Bu karşılıklar sözcüğün konumuz özelindeki anlamıyla örtüşmemektedir. Larousse’ta terimin fiil hali karşılığı olarak verilen “*fournir*” sözcüğünün aynı sözlükteki ilk anlamı “birisinin kullanımı ve yararlanımına birşey sunmaktır”.¹⁷⁶ Bu noktadan kalkarak kamu hizmetinin bu özelliğini ifade etmek üzere “yararlandırıcı faaliyet” terimini kullanacağız.

İdari işlev genel olarak iki faaliyete indirgenir: kamu hizmeti ve kolluk. Kamu hizmetiyle idare vatandaşlara yönelik yararlandırıcı faaliyetlerde bulunup hizmet sunarken, kollukta kamu düzeninin bozulmasını engellemek ve bozulan düzenin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla düzenlemeleri ve bireysel sınırlamaları içeren faaliyetlerde bulunur. “Kamusal faaliyet türü olarak kolluğu karakterize eden, bireysel faaliyetleri düzenleyerek görelî bir toplumsal düzen (klasik terminolojiyle kamu düzenini) sağlamaktır. İdare bireysel ilişkileri ve etkinlikleri düzenleme

¹⁷² Tahsin Saraç, **Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük**, İstanbul, Adam Yayınları, 1990,s.1190

¹⁷³ **Ibid.**, s.1107

¹⁷⁴ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 2.B., Ankara, İmaj Yayıncılık, 1997, s.191

¹⁷⁵ Saraç, **Fransızca-TürkçeSözlük**, 3.B, İstanbul, Adam Yayınları, 1990, s.1110

¹⁷⁶ **Larousse, dictionnaire de la langue française, Lexis, Paris, 1999, s.1493, 784**

yetkisiyle donatıldığı zaman kolluk sözkonusudur.”¹⁷⁷ Demichel de ayrımı benzer bir temele oturtmaktadır. “İdare toplumsal bir etkinliği yükümlendiği zaman kamu hizmeti; devlet tarafından üstlenilmemiş toplumsal faaliyetleri kamu düzeni amacıyla düzenlediği (*encadrer*), sınırladığı zaman kolluk sözkonusudur.”¹⁷⁸

İki faaliyet kategorisi arasında yararlandırıcılık - sınırlayıcılık farkı olduğunu kabul eden Mescheriakoff, ancak bunun mutlak bir fark olmadığını kolluk faaliyetlerinin sadece kayıtlayıcı faaliyetlere indirgenemeyeceği gibi kamu hizmetlerinin de bir düzenlemeyi gerektirdiğini belirtmektedir.¹⁷⁹ Ayrıca tek bir idari faaliyet farklı veçheler de taşıyabilmektedir. Örneğin, “bir yaya geçidinde, yayaların akışı için trafik akışını durduran polis, araç sürücülerine trafik yasasının dolaşım hürriyetini sınırlayan düzenlemesini uygulayarak kolluk faaliyetinde bulunurken yayaları da güvenlik hizmetinden yararlandırmakta (hatta yaşlı bir yayaya eşlik ederse somut bir yardımda bulunmakta)dır.”¹⁸⁰

Lachaume da yararlandırıcılık - kayıtlandırıcılık temelinde yapılan kolluk, kamu hizmeti ayrımının kesin olmadığını belirtmekte kolluğun, vatandaşları ve mallarını korumak için yapılan önleme ve koruma faaliyetlerinin neden yararlandırıcı faaliyet (*prestation*) sayılamayacağını sormaktadır.¹⁸¹ Chapus, hem sınırlayıcı faaliyetlerin hem de yararlandırıcı faaliyetlerin kamu hizmetlerinin gerçekleşme biçimi olduğunu; düzenleme (sınırlama) yapmanın da elektrik dağıtımı ya da demiryolu taşımacılığı kadar kamu hizmeti olduğunu belirtmekte, ayırım yapanların yeterli gerekçe sunmadıklarını savunmaktadır.¹⁸²

¹⁷⁷ Mescheriakoff, **Droit des services publics**, s.27; Pontier kamu hizmeti ve kolluğun amaç bakımından da farklı olduğunu, birincisinin kamu yararını (l'intérêt général) gerçekleştirme amacına yönelikken ikincisinin kamu düzenini (l'ordre public) gerçekleştirmeyi hedeflediğini belirtmektedir. Jean-Marie Pontier, **Les services publics**, Paris, Hachette, 1996, s.10

¹⁷⁸ André Demichel, **Le droit administratif**, Paris, LGDJ, 1978, s.58

¹⁷⁹ Mescheriakoff, **Droit des services publics**, s.27-28

¹⁸⁰ **Ibid.**, s.80

¹⁸¹ Lachaume, **Grandes services publics**, s.26

¹⁸² René Chapus, **Droit administratif general, c. II**, Paris, Montchrestien, 1996, s.542

Fransız içtihadında kamu hizmetinin yararlandırııcı faaliyetlerle sınırlı olduğu anlayışı kabul görmemiş; kamu düzenini sağlama faaliyetleri de kamu hizmetleri arasında değerlendirilmiştir. Fransız Devlet Şurası'nın 31 Temmuz 1942 tarihli *Monpeurt (CE, 1942)* kararı bu konudaki temel içtihadı oluşturmaktadır. Devlet Şurası, 1940 yılında çıkarılan bir yasayla kurulan sınai üretimi düzenlemekle görevli komitelerden Cam Sanayii Komitesi'nin, bir firmanın cam fırını açma izni talebinin reddi kararını denetlemeyi, sözkonusu komitelerin kamu hizmetlerinin yürütümüne katıldıkları ve bu amaçla iktisadi müdahale yetkilerini kullanarak yaptıkları işlemlerin idari işlem olduğu gerekçesiyle görev alanında görerek kabul etmiştir.¹⁸³ Kararda, sınırlı iktisadi kaynakların en iyi şekilde kullanılması zorunluluğunun kamu gücünün iktisadi yaşama müdahalesini gerektirdiği; sözkonusu komitelerin, üretimi durdurma, firma faaliyetlerinin genel koşullarını saptama, fiyat belirleme yetkileriyle donatıldıkları ve bir kamu hizmeti yerine getirdikleri sonucuna varılmaktadır.¹⁸⁴ Bu kararla yararlandırııcı olmayan düzenleyici idari faaliyetler de kamu hizmeti sayılmıştır.

Türk idare hukuku öğretisinde, 1930'lardan itibaren beslendiği Fransız Hukukunun etkisiyle olsa gerek, kamu düzenini sağlama faaliyetinin de bir kamu hizmeti olduğu görüşü hakimken günümüz yazarları kolluğun da kamu hizmetlerinin yanında ayrı bir idari işlev olduğunu kabul etmektedirler. 1935 tarihli eserinde

¹⁸³ *Monpeurt (CE, 1942)* Kararı, Long, Weil, Braibant, Delvolvé, Genevois, **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)**, 12.B., Paris, Dalloz, 1999, s.347-356

¹⁸⁴ Kararın bir diğer önemli yönü de sanayii düzenlemeyi amaçlayan komitelerin, yasakoyucu tarafından kamu kurumu (les établissements publics) olarak örgütlenmemiş olmasına, korporatif nitelikli özel kuruluş niteliği taşımalarına rağmen kamu hizmeti gördüğünün ve bunun sonucu olarak da idari işlemler yapabildiklerinin kabul edilmesidir. Hükümet komiseri bu kuruluşların, kamu ile özel arasında bir yerde bulunan yeni tip bir kurumlaşma, “profesyonel örgütler” olduğunu ve birincilerden kamu gücü ayrıcalıklarını ikincilerden ise yürütüm biçimini aldığını saptamaktadır. **GAJA**, s.349. Bu kararla kamu hizmetinin organik unsuru biraz daha zayıflamaktadır. Aynı nitelikte bir diğer karar: Yüksek Tabip Komitesi'nin disiplin ve tabelaya yazmama kararına karşı açılan iptal davasında da aynı sonuca varılmıştır. (CE Ass. 2 Avril 1943, *Bougen* Kararı), **GAJA**, s.357-362

Mustafa Şeref Özkan, kolluk ve savunma faaliyetlerini de kamu hizmeti olarak değerlendirmektedir.¹⁸⁵

Derbil ve Balta güvenliği sağlamanın bir kamu hizmeti olduğunu açıkça belirtmektedir.¹⁸⁶

Bilgen, Giritli, ve Duran'da kolluk (kamu yararının bireyler ve toplulukları tarafından sağlanabileceği konularda idarenin bunları dıştan düzenlemesi; idarenin güç kullanarak toplumun maddi düzenini koruması ve bozulduğunda eski duruma getirmesi) ayrı bir idari işlev olarak kamu hizmeti ile özendirme ve destekleme faaliyetlerinin yanına konmaktadır.¹⁸⁷ Gözübüyük-Tan¹⁸⁸ ve Günday'da da aynı anlayış bulunmaktadır.¹⁸⁹ Günümüzde Onar'ın benimsediği kamu hizmeti odaklı idare hukuku anlayışının temsilcisi olduğu iddiasındaki Özay'da da, çelişik biçimde, bu anlayış bulunmaktadır. Kamu hizmeti genel başlığının hemen altında devletin toplumsal ihtiyaçları karşılamak için üç tür müdahalede bulunduğunu belirtip bunları “kamu hizmeti”, “kamu yararına olan özel girişimlerin desteklenmesi” ve “koruyucu idari hizmet niteliğindeki kolluk faaliyeti” olarak sıralamaktadır.¹⁹⁰ Kamu hizmetleri devletin üç müdahale biçiminden yalnızca biridir. Ayrıca Özay bu üçlü ayrımı göre

¹⁸⁵ Mustafa Şeref Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları 1935**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı 5, 1935, s.11

¹⁸⁶ Süheyp Derbil, **İdare Hukuku c.II**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1952, s.421; Balta, **İdare Hukuku Ders Notları II**, s.225; Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, Ankara, TODAİE, 1970, s.16

¹⁸⁷ Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1982, s.244-245; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, **İdare Hukuku c.III**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1979, s. 165 vd.

¹⁸⁸ Gözüyük, Tan, **İdare Hukuku c.I**, s.430; Günümüz öğretisinde, Balta'dan köken almış olsa gerek, kolluk kamu hizmeti ayrımının temeli olabilecek yararlandırıci faaliyet - kayıtlayıcı faaliyet ayrımını aktaran tek kaynak bu eserdir. Tan ayrımı aktardıktan sonra “bizde kamu hizmeti ve kolluk faaliyetlerini ayrı ayrı ele almakta yarar gördük demektir. Buradan ise Tan'ın ayrımı, benimsememesine rağmen yani kolluk faaliyetlerini de kamu hizmetleri arasında kabul etmesine rağmen sırf pedagojik nedenlerle mi kullandığı anlaşılamamaktadır.

¹⁸⁹ Günday, **İdare Hukuku**, s.20; Kitabın ilerleyen bölümlerinde sadece kolluk - kamu hizmeti ikilisini ele almakla birlikte altı adet idari görev saymaktadır: Milli güvenliğin korunması, kolluk faaliyetleri, kamu hizmetleri, özendirme ve destekleme faaliyetleri, içdüzen faaliyetleri, planlama faaliyetleri, s.16-20

idari etkinlikleri ele almanın “gereklilik, giderek zorunluluk” olduğunu da belirtmektedir. İlk iki paragraftaki bu saptamalara karşın üçüncü paragrafta idarenin “kamu yararına olan girişimleri desteklemesinin dolaylı yoldan kamu hizmeti olduğu”, “kolluğun ise ‘kendine özgü ve çok özel yöntemlerle gerçekleştirilen kamu hizmetlerinden başka birşey olmadığı’ saptaması yapılmaktadır. Özay, Bilgen-Giritli-Duran’ın üçlü işlev ayrımını açıkça benimsemesine (hatta zorunlu görmesine) rağmen, Duran’ı kastederek “kolluk alanındaki etkinliklerin bir ‘kamu hizmeti’ olmadığına ilişkin görüşün orijinal sanılsa da pek gerçekçi olmadığı” belirtmektedir.

Öğretideki bu belirsizliğe karşın Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın kamu hizmetleri-kolluk ayrımına ilişkin tavrı açıktır. İdarenin düzeni sağlama işlevi de kamu hizmeti sayılmakta, kolluk faaliyetlerine, personeline ve teşkilatına ilişkin uyuşmazlıklar gerektiği oranda kamu hizmetine ilişkin ilke ve kurallara göre çözülmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşundan günümüze kadar gelişen içtihadında kolluk faaliyeti istisnasız biçimde kamu hizmeti sayılmıştır. 5.4.1965 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi, uzatmalı jandarma erlerinin izin almadan evlenmelerini yasaklayan düzenlemenin anayasaya uygunluğunu değerlendirirken “kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için sınırlayıcı hükümler koymak hukuk kurallarına uygundur” sonucuna varmıştır.¹⁹¹ Yine jandarmayı konu

¹⁹⁰ İl Han Özay, **Günüşğında Yönetim**, İstanbul, Alfa, 1996, s.229

¹⁹¹ AM., E.1965/2, K.1965/24, k.t.5.4.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)**, c.1, s. 44/8; Kararda ilginç olan bir nokta da kamu hizmetlerinin gereklerini n temel hakların sınırlanması nedeni sayılmasıdır. Anayasa Mahkemesi, sözkonusu kuralı Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ve özüne ilişkin 11. maddesine aykırı görmemiştir. Kararın temel gerekçesine göre, “*kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi için sınırlayıcı hükümler koymak hukuk kurallarına uygundur.*” Bu yoruma göre, kamu görevlilerinin temel hakları, “kamu hizmetlerinin gerekleri” gerekçesiyle de kısıtlanabilecektir. 1961 Anayasası’nın, kararın verildiği tarihteki haliyle 11. maddesinde temel hakların sınırlandırılabilceği belirtilmiş ancak sınırlandırma nedenleri sayılmamıştı. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında, kamu görevlileri için kamu hizmetlerinin gerekleri, hakkın sınırlandırma nedenlerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır.

alan 4.12 1973 tarihli kararında kolluk - kamu hizmeti bağlantısı daha açık biçimde kurulmuştur.

“Jandarmanın askerlik yönü kadar önemli, belki ondan da ağır basan bir yönü daha vardır ki bu da 10/6/1930 günlü, 1706 sayılı JK’nda ‘Türkiye Cumhuriyeti Jandarması genel güvenlik ve asayişini korumak, kanun ve nizamlar hükümlerinin yerine getirilmesini sağlamak ve bunlara dayanan hükümet buyruklarını yerine getirmekle görevli bir inzibat kuvvetidir’ sözleriyle belirtilmiştir. İşte Jandarmanın gördüğü şu kamu hizmetinin özellikleridir ki bu kuruluş için, genellikle Silahlı Kuvvetler mensuplarının bağlı bulunduklarından b aşkaca birtakım yasaların çıkarılmasını zorunlu kılmıştır”¹⁹²

Jandarmanın görevleri olarak belirtilen “genel güvenlik ve asayişini korumak, kanun ve nizamlar hükümlerinin yerine getirilmesini sağlamak ve bunlara dayanan hükümet buyruklarını yerine getirmek” neredeyse idarenin kolluk işlevinin tipik tanımıdır. Anayasa Mahkemesi’nin kolluk niteliği bu kadar belirgin bir işlevi kamu hizmeti olarak nitelemesi iki olasılığı akla getirmektedir. İlk olasılık Mahkeme’nin kavramlar arasında tercih yaparken gerekli titizliği göstermemiş olmasıdır. Ancak, anayasaya uygunluk denetimi yapan bir mahkeme için aksini varsaymak bir zorunluluktur. Bu durumda ikinci olasılık Anayasa Mahkemesi’nin kamu hizmeti ile kolluk işlevleri arasında bir ayrım yapmıyor olması ya da en azından kolluk işlevini kamu hizmetleri arasında değerlendiriyor olmasıdır. Anayasa Mahkemesi’nin daha sonraki kararları da bu saptamayı doğrular niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi 26.3.1974 tarihli kararında “*kolluk hizmeti*” kavramını kullanmaktadır. Kimi kamu hizmetlerinin ücretsizliğine ilişkin olarak karakolları örnek vermektedir. “...Sözgelimi karakola işi düşen bir kişiden kolluk hizmeti karşılığı olarak bir para istenmesi hiçbir zaman söz konusu olamaz...”¹⁹³

Anayasa Mahkemesi, çarşı ve mahalle bekçilerinin ücretlerinin mahalli idare meclislerince saptanarak yerel halktan alınacağına ilişkin düzenlemeyi, mali güç ilkesi dikkate alınmadığı konu, matrah ve oran gösterilmediği için iptal etmiştir.

¹⁹² AM., E.1973/21, K.1973/36, k.t. 4.12.1973, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.1, s. 45/55, **AMKD**, sy.11, s.288-297

¹⁹³ Any.M. E.1973/32, K.1974/11, k.t.26.3.1974, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.2, s. 94/13, **AMKD**, sy.12, s.111-141

Kararda kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecek olan çarşı ve mahalle bekçilerinin görevi kamu hizmeti sayılmış ve hizmet karşılığının ödenmesi için mahalli halktan toplanan paranın da vergi benzeri mali yükümlülük olduğuna karar verilmiştir.

“Çarşı ve mahalle bekçileri görevinin bir kamu hizmeti olduğu kuşkusuzdur. Şu halde bekçilere, hizmetlerine karşılık verilen ücret bir kamu gideridir. Bu giderleri karşılamak amacıyla kişilerden alınan para da vergi benzeri bir mali yükümlülüktür. Bu bakımdan bekçi paraları Anayasa’nın 61. maddesinin kapsamına girmektedir”.¹⁹⁴

Anayasa Mahkemesi, idare hukuku yazınında kolluk işlevi içinde değerlendirilen devletin güvenlik görevini, genel olarak kamu hizmeti olarak değerlendirme anlayışını sürdürmektedir. Devletin güvenlik görevinin eğitim-öğretim kamu hizmetiyle karşılaştırılması da bunu göstermektedir.

“... Eğitim ve öğretim hizmetlerine, devletçe öteki kamu hizmetleri arasında önemli bir ağırlık verilmesi zorunluluğu vardır. Ulusal savunma, sağlık ve iç güvenliğin sağlanması gibi, onlarla eş değerde ödevler olarak eğitim ve öğretim koşullarının çağdaş uygarlığın gerektirdiği düzeye ulaştırılması için etkin önlemlerin alınması, devletin erteleyemeyeceği ödevlerindendir.”¹⁹⁵

Anayasa Mahkemesi, kolluk faaliyetleri içinde yer aldığı kabul edilen yapı ruhsatı verme yetkisini, kamu hizmetlerini esas alarak kamu hizmeti görevlilerine ilişkin genel ilkeleri koyan 128. maddeye göre değerlendirmektedir. Ayrıca kararda kolluk yetkisi olan ruhsat vermenin “*belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğu*” ve “*asli sürekli ve sürekli bir kamu görevi olduğu*” şeklinde değerlendirmeler bulunmaktadır.

“...‘ruhsat verme’ idarenin kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, asli sürekli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir.”¹⁹⁶

¹⁹⁴ Any.M., E.1965/25, K.1965/57, k.t.26.10.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.2, s. 94/2, **AMKD**, sy.3, s.268-275

¹⁹⁵ Any.M., E.1990/4, K.1990/6, k.t.12.4.1990, **AMKD**, sy.26, s.134

¹⁹⁶ Any.M., E.1985/11, K.1986/29, k.t.11.12.1986, **AMKD**, sy.22, s.458-459

Yeminli mali müşavirlerin, mükelleflerin gelir gider kayıtlarının doğruluğunu ve mali mevzuat hükümlerine uygun işlendiğini, dolayısıyla beyan edilen vergi matrahının gerçek olduğunu onaylamak yetkisinin, anayasaya uygun olup olmadığını değerlendiren Anayasa Mahkemesi bunun kamu hizmeti olduğuna karar vermiştir.

“... yeminli mali müşavirler tarafından yapılacak bir tasdik işlemi, Bakanlıkça lüzum görülmedikçe Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliğine sahip olacaktır. Bu nedenle yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi ‘kamu hizmeti’ niteliğindedir.”¹⁹⁷

Kanımca Anayasa Mahkemesi’nin bu seçişinin nedeni Anayasa’nın (1961 m.117; 1982 m.128) genel olarak idareyi ve özel olarak da idarenin insan ögesini, “kamu hizmetini” esas olarak tanımlamış olmasıdır. Kolluk görevlerini yerine getiren görevlilerinin statülerini değerlendirmek için de Anayasa’nın 128. maddesine başvurmak zorunluluğu kolluk-kamu hizmetleri ayırımına gitmeyi zorlaştırmaktadır. Örneğin, Geçici köy korucularına ilişkin düzenlemenin Anayasa’nın 128. maddesinde yer alan kanunla düzenleme kuralına aykırı olduğu iddiası Anayasa Mahkemesi’nce yerinde görülmemiştir. Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde “*geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevler, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde de değildir*” diyerek konunun 128. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁹⁸ Karar Anayasa Mahkemesi’nin kamu hizmeti kolluk ayırımına gitmemesinin nedenlerini de açıklamaktadır.

Danıştay içtihadında da kamu hizmeti kolluk ayırımına gidilmemektedir. Kolluk olarak nitelenebilecek faaliyetler kamu hizmeti kategorisine dahil edilmektedir.

“Sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan, kamu hizmeti yapan, menkul kıymetler borsaları için gözetim ve denetim organı olan Sermaye Piyasası Kurulunun bu hizmeti yürütmek için tesis ettiği işlemler idari niteliktedir. Sermaye Piyasası Kurulunun kamu kurumu sıfatıyla menkul kıymetler borsaları üzerindeki gözetim ve denetim yetkisinin; borsada yapılan işlemlerin borsa mevzuatı çerçevesinde geçerliliğini

¹⁹⁷ Any.M., E.1986/5, K.1987/7, k.t.19.3.1987, **AMKD**, sy 23, s.133

¹⁹⁸ Any.M., E.1985/5, K.1985/23, k.t.10.12.1985, **AMKD**, sy.21, s.252-262

saptama, gerektiğinde açıkça mevzuata aykırı bulunan işlemleri geçersiz sayma sonucunu doğurduğu açıktır.”¹⁹⁹

Devletin kolluk yetkisini kullanırken, örneğin güvenlik sağlarken vatandaşlara verdiği zararların tazmini hizmet kusuru kurumu çerçevesinde değerlendirildiğine göre, kolluk ile kamu hizmeti arasında en azından verilen zararların tazminin ilkeleri bakımından bir ayırım yapılmamaktadır. Kimi kararlarda bu açıkça da dile getirilmekte, kolluk işlevi de kamu hizmeti sayılmaktadır.²⁰⁰

III. KAMU HİZMETİNİN HUKUKSAL EVRİMİ

A. Kavramın Ortaya Çıkışı

Bu bölümde kamu hizmetinin özgül bir hukuki kavram olarak doğuşu ele alınacaktır. Kamu hizmeti kavramının Türk idare hukuku içindeki gelişiminin incelenebilmesi, zorunlu olarak Fransız hukukunu da gözönünde tutmayı gerektirmektedir. Zira Türk İdare hukuku “fiili bir resepsiyon”la gelişmiştir. Aşağıda ilk olarak bu saptamamızı açmaya çalışacağız daha sonra Fransız ve Türk İdare hukukunda kamu hizmetinin gelişimi aktarmaya çalışacağız.

1. Türk İdare Hukukunun Kaynağı

Türk idare hukuku fiili bir resepsiyonun ürünüdür. Cumhuriyet Devrimiyle yeniden şekillendirilen devlet örgütlenmesinin hukuki yapısını, işleyişini ve denetlenmesini konu edinen hukukun, “idare hukuku”na evrilmesinde Osmanlı’nın reformlarının ve Cumhuriyet devriminin köklü değişimlerinin model olarak Fransa’yı almasının büyük etkisi olmuştur. Yeni devlet teşkilatının (yeni idarenin) yargısal denetim biçimi olarak tüm vatandaşların tabi olduğu adliye mahkemelerinin dışında bir yargı düzeninde denetlenmesinin kabul edilmesi, daha doğrusu Tanzimat’la kurulan Şurayı devlet sisteminin idarenin yargısal denetiminin kabulüyle canlandırılması eşit bireyler arası ilişkilere uygulanan özel hukukun yanında

¹⁹⁹ DİDD., E.1998/355, K.1998/277, k.t.26.6.1998, DD., sy. 98, 1999, s.68

²⁰⁰ “...idarenin görev ve faaliyet alanında, mal ve can güvenliğinin korunmasına yönelik hizmetlerin...”, D10.D., E.1996/2383, K.1997/4163, k.t.6.11.1997, DD., sy. 96, 1998, s.630

bağımsız ya da “özerk” bir “idare hukukunun” gelişmesinin iç dinamiğini yaratmıştır. Türkiye böylece, idareye ve idarenin denetimine uygulanacak hukuk bakımından, hukuk sistemlerini kamu hukuku özel hukuk ayrımı çerçevesinde örgütleyen Roma-Germen hukuk ailesine dahil olmuştur.²⁰¹

İç dinamiklerinin asıl belirleyiciliğinin yanısıra, idare hukukunun oluşumunda, dahil olduğu hukuk ailesinin diğer fertlerinden, ya da daha doğrusu Fransa’dan, gelen etkiler de önemli olmuştur.

Her hukuk sisteminin, hukuk kurallarının bunlar aracılığıyla ifade edildiği “kavramları” ve kuralların düzenlendiği (sistemleştirildiği) “kategorileri” bulunur.²⁰² Aynı hukuk ailesindeki ülkelerde aynı hukuk dallarında benzer hukuki kavram ve kategoriler geçerlidir. Hukuk kuralları farklılaşabilmekle birlikte, kavram ve kategoriler benzerdir. Benzerlik aynılık olarak anlaşılmamalıdır; aksini düşünmek hukukun oluşumunda toplumsal verilerin rolünü hesaba katmamak anlamına gelir.

Roma-Germen hukuk ailesinin temel kavramları ve kategorileri Türk idare hukuku tarafından paylaşılma ile birlikte bu hukuk ailesi içinde idare hukuku oluşumunda temel etkilenim Fransa kaynaklıdır. David’in saptamasıyla Fransa Roma-Germen hukuk ailesi içinde idare hukukunun en yüksek gelişim düzeyine eriştiği ülkedir.²⁰³

Önce Osmanlı reform çalışmalarında, sonra Cumhuriyet Devriminde devlet örgütlenmesinde Fransa’nın örnek alınması sürekli bir aktarımı da doğurmuştur.²⁰⁴⁻

²⁰¹ “Hukuk ailesi” kavramı için bkz. René David, John E.C.Brierly, **Major Legal Systems in the World Today An Introduction to the Comparative Study of Law**, London, Stevens&Sons, 1985, s.17-31

²⁰² **Ibid.**, s.15

²⁰³ **Ibid.**,s.83

²⁰⁴ Balta genel bir Batı örneğinden ve bunun içinde Fransa’nın sivil idare üzerindeki etkisinden bahsetmektedir: “Batı örneğinin derecesine gelince, askeri alanın tümüne, yeni eğitim müesseselerine, yeni kanunlara ve adliye (Nizamiye) mahkemelerine, çoğu iktibas derecesine varan kapsayıcı bir şekilde Batı örnek olmuştur. Sivil idare kurumlarının yalnız bir kısmı Batıdan iktibas edilmiştir. Diğer bir kısmı, Batıdan sadece ana fikir almak suretiyle kurulmuşlardır. Sivil alanda başlıca örneğimiz Fransız sistemi olmuştur. Hükûmetin Kabine

²⁰⁵ Örneğin, “1864’te yeni bir Vilayet Nizamnamesiyle, *vilayetten* (eyalet) *sancak* (il), *kaza* (ilçe), *nahiye* ve *kariyeye* (kırsal topluluk) doğru inen tam bir hiyerarşik sistem getirilmişti. Bu sistem büyük ölçüde Fransa’nın uygulamalarını esas alıyordu ve 1869-1870 yıllarında Fransız etkisi altında daha da olgun hale getirildi.”²⁰⁶ Örneğin eğitim kamu hizmeti de Fransız esinli olarak örgütlenmişti. 1869’da, Fransız Eğitim Bakanlığı’nın tavsiyesini esas alan yeni bir Maarif Nizamnamesi yayımlanmıştır.²⁰⁷ İlk belediye nizamnamesi Fransız esinli olduğu gibi, İstanbul Beyoğlu’nda kurulan ilk belediye teşkilatında da Paris örnek alınmış ve resmi dil olarak Fransızca kullanılmıştır.²⁰⁸ Cumhuriyet Danıştay’ının tarihsel kökeninde yer alan *Şura-yı Devlet*, “1868 yılında Fransa örneğine göre ve Fransa’nın baskısıyla”, Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye’nin ikiye bölünmesiyle oluşturulmuştur.²⁰⁹

İdare hukukumuzun pek çok kavram ve kategorisi Fransız idare hukuku kökenlidir. Örneğin, idare hukukumuzun ilk ders kitaplarından olan, Mektebi Fünunu Mülkiye ile Mektebi Alii Hukuk hocası İbrahim Hakkı Paşa’nın “Hukuku İdare”

yapısı ile Bakanlıklar, Danıştay, Sayıştay, Özel İdare ve Belediye kuruluşlarına Fransa örnek olmuştur.” Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, s.37

²⁰⁵ Reformlar için Fransa’nın örnek alınmasının yanı sıra, Fransa, merkezi devleti ve ulusal birliği ile dağılmakta olan Osmanlı’nın aydınları ve devlet adamları için bir ideal oluşturuyordu. “Osmanlılarda bir ulusal birliğin oluşmasına en büyük engel, iki büyük eksiklikten kaynaklanıyordu. Bunlar din ve dil birliğinin olmaması idi. Bu yüzden bu türdeşliği ancak devlet sağlayabilirdi ve Osmanlı yönetici zümresinin gözlerini Fransa’ya çevirmesinin nedenlerinden biri budur.” Taner Timur, **Toplumsal Değişme ve Üniversiteler**, 1.B., İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s.90-91

²⁰⁶ Erik Jan Zürcher, **Modernleşen Türkiye’nin Tarihi**, 9.B., İstanbul, İletişim Yayınları, 2000, s.92-93

²⁰⁷ Buna göre, her büyük köy ve kasabaya *rüştiye*, her kente sivil *idadi* ve her vilayet merkezine Fransız liselerini örnek alan *sultaniye* adlı yüksek okullar kurulacaktı. **İbid.**, s.96-97

²⁰⁸ İlber Ortaylı, **Türkiye İdare Tarihi**, Ankara, TODAİE Yayınları, 1979, s.297

²⁰⁹ **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, Danıştay Matbaası, 1986, s.53; Fransız sefiri Engelhart da, bu sistemin kuruluşundaki Fransız etkisini, Şurayı Devlet nizamnamesinin de Fransa kanunlarından alındığını ayrıntılı bir şekilde aktarmaktadır. s.55-61

kitabı Akıllıoğlu'nun saptamasıyla “zamanın Fransız yazarlarının ders kitapları temel alınarak yazılmış bir kitaptır. İktibas niteliğindedir.”²¹⁰

Yasama faaliyetlerimizde Fransız idare hukuku kökenli kavram ve kategoriler etkili olduğu gibi, içtihadımızın gelişiminde de Fransız içtihadı zayıf da olsa yönlendirici olmuştur. İdari yargıcın kullandığı kavramsal donatımın önemli bir kısmı Fransız kökenlidir.²¹¹ Danıştay'ın birçok mensubu Fransa'da bilimsel çalışma yapma imkânı bulmuştur. Bunun yüksek mahkemenin üyelerinin fikri altyapılarının oluşumunda etkili olmadığını düşünmek mümkün değildir.²¹²

Asıl önemli etki Türk idare hukuku öğretisi kurucularının Fransız öğretisiyle kurdukları fikri bağıdır. Belirli konulara ait yasalar bulunmakla birlikte idare hukukunun genel kodifikasyona tabi tutulmamış olması, idare hukukunun gelişiminde içtihadın ve öğretinin önemini artırmaktadır. İchtihadın somut olaylara ilişkin olması nedeniyle kural koyucu niteliğinin zayıflığı ve Türk hukukunda, Roma-Germen hukuk ailesinin genel özelliğiyle uyumlu olarak içtihatla hukuk oluşturma, *précédent* geleneğinin bulunmaması idare hukukunun oluşumunda öğretinin önemini artırmaktadır. Türk idare hukuku öğretisi, fikri yapısını, Fransa'daki kaynakların aktarımıyla oluşturmuş; bunlar içerdeki hukuksal yapının yorumuyla ve içtihatlarla zenginleştirilmiştir. Bu etkilenim -“etkileşim” sözcüğünü kullanmak mümkün değil zira tam anlamıyla tek yönlü bir ilişki sözkonusudur- Fransız idare hukuku öğretisindeki akımları içeriye taşımaya kadar varmıştır.

Türk idare hukukunun temel kavram ve kategorileri Fransız etkilenimli Türk öğretisi tarafından oluşturulmakta; bu kavram ve kategoriler kuralların ve içtihatların oluşturulmasında ve giderek de idare hukukunun yaratılmasında etkili olmaktadır.

²¹⁰ Tekin Akıllıoğlu, “Hukuku İdare’ Üzerine”, **AİD.**, c.16, sy.2, 1983, s.69

²¹¹ İmtiyaz, müşterek emanet, iltizam gibi kavramların tanımları Fransızca'dan aktarmadır. Kimi kavramların Fransızca karşılıkları Türkçe söylenişlerle kullanılmaktadır: Raşat, emprevizyon gibi. İmtiyaz kategorisinin bütün unsurları aktarmadır. Zincir işlem, ayrılabilir işlem, yasama perdesinin kaldırılması gibi kavramlarının kullanımı da yeni örneklerdir.

²¹² Danıştay mensuplarının çalışmalarından oluşan, Danıştay Yayınlarından çıkan **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I (1976), II (1978), III (1981)** isimli kitaplarda yer alan çalışmalarda bu etki açıkça görülebilmektedir.

Türk idare hukukunun bu özelliğini “*fiili resepsiyon*” olarak niteleyebiliriz.²¹³ Örneğin, Türk medeni hukuku, yasakoyucunun açık iradesiyle gerçekleşen bir iradi “yabancı hukuk alımı”²¹⁴ iken Türk idare hukukunun oluşumu uzun bir süreçle dayanan ve asıl olarak Fransızca okuyan hocaların etkisiyle gerçekleşen Fransız idare hukukunun fiili bir resepsiyonudur. Burada Fransız idare hukukunun tam anlamıyla kopya edildiği iddia edilmemektedir. İradi yabancı hukuk alımlarında bile hukuk bir kez alındıktan sonra kaynak ülkeden bağımsızlaşmaya ve içinde yer aldığı toplumun dinamikleriyle devinmeye başlar. Her ne kadar temel kavram ve kategorileri Fransız kökenli olsa da Türk idare hukuku kendi toplumsal ve hukuksal yaşamının belirlenimiyle şekillenmektedir.

İdare hukukunda kullandığımız kamu hizmeti kavramı için de bu özellik sözkonusudur. Kamu hizmetinin günümüzde kullandığımız nitelikte hukuki bir kavram olarak oluşturulması Fransa kökenlidir. Cumhuriyet sonrası modern idare hukukunun oluşumunda bu etki önemlidir.

Bu nedenle kamu hizmeti kavramının hukuki gelişimini ele alırken Fransız idare hukukuyla bağlantılarını kurmak kaçınılmaz bir gerekliliktir. Yapılacak olan karşılaştırmalı bir hukuki çalışmadan farklı olarak ortak hukuki köklere ilişkin bir gezintidir. Zira, aynı hukuk ailesinde ve benzer gelenekte yer alan hukukları incelemek için karşılaştırmalı hukukçu olmaya gerek yoktur.²¹⁵

²¹³ Taner Timur, "modern Türk öğretim tarihini “Fransız sisteminin soluk bir kopyası” olarak niteliyor. Timur, **Toplumsal Değişme ve Üniversiteler**, s.158; Bu nitelime, “soluk” sıfatının yarattığı olumsuz çağırışı hesaba katmazsak, Türk idare hukukuna da uygulanabilir.

²¹⁴ “Resepsiyon”, “yabancı hukuk alımı”, “hukuk sisteminde benzerlik” kavramları için bkz Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon**, Basılı olmayan doçentlik tezi, Ankara 1982

²¹⁵ David- Brierly, **Major Legal Systems in the World Today**, s.12

2. Fransız Hukukunda Kamu Hizmetleri Kavramının Oluşumu

Toplumsal ortak ihtiyaçların salt bireysel faaliyetlerle değil de bireyleri aşan örgütlenmelerle karşılanması yalnızca günümüze özgü bir durum değildir. Ancak bu ortak ihtiyaçların karşılanması faaliyetinin "kamu hizmeti" niteliği kazanması görece olarak yeni bir gelişmedir. Toplumsal ihtiyaçların özel faaliyetleri aşan bir etkinlik ve özel çıkarları aşan bir yarar adına karşılanması “kamusal alanın” varlığını varsayar.

Fransa’da modern kamu hizmetinin kökleri, Devrimi, Cumhuriyeti ve Kamu Hizmeti Okulunu da aşan bir geçmişte yer alır. Kamu hizmetinin kuramsal ve pratik kökenlerinde greko-romen miras esas etken olmakla birlikte doğu etkisinin de gözardı edilemeyecek nitelikte olduğu savunulmaktadır.²¹⁶

Kamu hizmeti kavramı tanınmıyor olsa da, yönetenlerin özel çıkarlardan farklı bir ortak yararı gerçekleştirmek için faaliyette bulunmaları olgusuna ilkçağdan itibaren rastlanır. Ortaçağ ile birlikte, Roma hukuku kökenli *utilitas publica*’nın, önce beylik daha sonra da krallık rejimine uydurulmasıyla kamu hizmeti kavramının belirtileri oluşmuştur. Fransa’da açıkça “kamu hizmeti” kavramının kullanılması, XVI-XVIII yüzyıl monarşisinde ve Devrimde ortaya çıkar.²¹⁷

Valette, Fransız kamu hizmeti anlayışının kökeninde olduğunu kabul ettiği Ortadoğu, Yunan ve Roma devletlerinin tarih boyunca üstlendikleri görevleri kamu hizmeti olarak değerlendirerek bir tarihçe ortaya koymaktadır. Örneğin, Mezopotamya’da, Hammurabi (İÖ 1728-1686) kanunlarında Babil Devleti kamu hizmetlerinin izlerinin görüldüğünü belirtmektedir. Buna göre, toprak kralındı ve kral, askeri görevler ve vergi toplamak, adalet sağlamak gibi kamusal yükümlülükler

²¹⁶ Jean-Paul Valette, **Le service public à la française**, Paris, Ellipses, 2000, s.9; Valette kitabının ilk bölümünde, kamu hizmeti kavramının kökenlerine ilişkin, Mezopotamya, Mısır, İbraniler, Yunan, Roma, Ortaçağ, Mutlakiyet ve Devrim dönemlerini kapsayan ayrıntılı bir tarihi değerlendirme yapmaktadır.

²¹⁷ **Ibid.**, s.10

karşılığında ömür boyu imtiyazlar verirdi. Kanunlarda kamusal hizmetleri yerine getirmesi için imtiyazcının yükümlülükleri de belirtilmişti.²¹⁸

Ortak toplumsal ihtiyaçları karşılayacak kamusal üretim anlamında fiilen varolan kamu hizmeti, İÖ. V.yy'dan itibaren, “ortak yarar (ortak iyilik: *bien commun*)” olarak kavramlaştırılmıştır. Platon'da toplumun ortak yarar arayışı üzerine kurulması ve hükümdarın yönetilenlerin çıkarına hareket etmesi düşüncesi bulunmaktadır. Aristo'da özel çıkarların alanı ile özel alandan farklılaşan ve ortak yararı sağlamayı hedefleyen siyasal alan ayrımının kökenleri bulunur.²¹⁹

Romalıların katkısı kamu hukuku özel hukuk ayrımını geliştirilmelerinde yatar. Çiçero (İÖ 106-43), açıklama getirmeksizin *jus publicum*'u, *jus privatum*'dan ayırmıştı; ikincisiyle sadece bireyler arasındaki sözleşmelerle ilgili kuralları kastediyordu. Geç İmparatorluk dönemiyle özel hukuk çalışmaları tamamen kamu hukukundan ayrıldı. Hukukçular artık, anayasal, idari ve cezai konularla uğraşmayı bıraktılar. Hükümdarın hukuku, özel çıkarların hukukundan ayrı ve Aristo'nun tanımladığı şekliyle siyasal toplumun hukuku olarak kabul edildi. Böylece kamu hukuku (*jus publicum*) kamusal yararlar (*utilitas*) bağlantılandı.²²⁰

Utilitas publica, Roma'da Erken İmparatorluk (İÖ 27-İS 275) döneminde de rastlanılsa da, yaygın kullanımını, Geç İmparatorluk (284-565) döneminde kazanmıştır. Sitenin vergilendirme ve askeri yükümlülükler gibi müdahalelerini meşrulaştırmak için kullanılan genel bir gerekçe olmuştur. İmparatorluğu meşrulaştıran yaygın kullanımıyla *utilitas publica* Diocletianus'un Anayasasında yer almış, kimi paraların üzerine basılmış ve II. Theodos'un kanun derlemesinde kullanılmıştır.²²¹

Gelişen kamu yararı kavramı, ortaçağda uzun süre etkisini yitirmiştir. Ortaçağdan önce de Bizans İmparatoru Justinyen döneminde (527-565), Hıristiyan

²¹⁸ **Ibid.**, s.11-13

²¹⁹ **Ibid.**, s.13-14

²²⁰ **Ibid.**, s.15

²²¹ **Ibid.**, s.16

öğretilerin etkisiyle kamu yararı kavramı, ortak yarar kavramı lehine gerilemiştir. Fransa, Merovenjler (V-VIII yy.) döneminden başlayarak, Yunan'ın ve Roman'ın siyasi kavramlarından uzaklaşmıştır. Merovenjler ve saha sonra Karolenjler (741-987) döneminde kullanılan ortak yarar, din adamları tarafından hükümrânın istekleri doğrultusunda belirlenen dinsel içerikli bir kavramdır; Tomacı (1227-1274) felsefenin etkisiyle XIII. yüzyıldan itibaren etkili olmuş ve XV. ve XVI. yüzyıllarda yavaş yavaş yercilleşerek kamu hizmeti anlayışının temelini oluşturan genel yarar (l'intérêt général) kavramın doğuşuna yol açmıştır.²²²

Ortaçağda kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayrım iyice zayıflar. Zira siyasal zor, doğrudan üretim ilişkileri alanında örgütlenmiştir. Feodalitede köylünün, vassalın ve senyörün yerine getirdiği hizmetler senyörün şahsi çıkarı adına gerçekleştirilir. Genel olarak, vassalın savaş gücü sağlama görevi bulunmaktadır; bunun karşılığı olarak da senyörün vassalını koruma, fieften (topraktan) aldığı gelirin bir kısmını ona bırakma yükümlülüğü vardır. Vassal, fiefte (toprakta) adaleti sağlar ve karşılığını aldığı kimi hizmetler sunar. Köylü toprağa bağlıdır ve özellikle tarımda, yolların yapım ve bakımında angarya yükümlülüğü vardır. Üretim siyasal yükümlülük aracılığıyla gerçekleşmektedir. Özel ilişkiler ile siyasal ilişkiler arasındaki ayrım zayıftır. İktidar kullananın mülküdür. Ortak kullanıma sahip, değirmen, fırın ve sıkımevi gibi yerler senyöre aittir, senyör kullanıcılardan hizmetin sürdürülebilmesi için bir vergi (*banalités seigneuriales*) alır. "Feodal hizmetler özel çıkarları aşan bir kamusalılık adına değil senyörün, prensin şahsi çıkarı adına gerçekleştirilir. Roma'daki, özel çıkarlardan ayrı bir genel yarar (l'intérêt général), *utilitas publica* anlayışı feodalitede bulunmamaktadır."²²³

Kamu hizmeti kavramı, kamu hukuku özel hukuk ayrımının yerleşmesiyle birlikte doğmuştur. Feodaliteden kapitalizme geçişin siyasi biçimi olan mutlakîyetçi devletler bu gelişmeye sahne olmuşlardır.

²²² Philippe Jourdan, "La formation du concept de service public", **RDP**, 1987, s.98

²²³ Jourdan, "La formation du concept de service public", s.97

XIV. ve XV. yüzyıllarda bölgesel pazarların (fuarlar) canlandığı, dünya ölçeğinde bir ekonominin oluşmaya başladığı, feodalitenin krize girdiği ve feodal sınıflar karşısında görece olarak merkezileşmiş, vergi koyan, silahlı güç oluşturan bir devlet örgütlenmesinin olduğu ve bürokrasinin doğduğu görülmektedir. XVI. yüzyıldan itibaren kapitalist birikim gelişmiş, Aydınlanma dönemi, burjuvazinin gelişimine eşlik etmiştir. 1789 Devrimi öncesi, kapitalist üretim biçimi ve siyasal iktidarı tam olarak egemen değildir; devlet soylularla burjuvazi arasında bir dengeye dayanmaya çalışmaktadır; bu dengeye karşın o güne kadar egemen olarak soyluluk XVIII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ideolojik alandaki hegemonyasını yitirmiştir. Bu gelişmeler bağlamında kamu hukukunda, iktidarın feodal anlayışını ortadan kaldırmaya yönelik egemenlik kavramı geliştirilmiş; feodal iktidarın savaş ve fetih haklarını ifade eden *imperium* ve uyrukların hayatları ve malları üzerindeki egemenliğini ifade eden *dominium* unsurlarından *dominium* hukukla sınırlandırılmıştır.²²⁴ Devrim öncesi ortak hizmetler, merkezileşme sonucu doğrudan krala bağlı hale gelmiş; hizmetler kralın kişiliği adına değil, krallık adına (“taç” adına) yerine getirilmeye başlanmıştır. Egemenden kaynaklanan faaliyetlerin ikili bir nitelik kazanması, siyasal alan - özel alan ayrımı üzerine dayanan *utilitas publica*’nın yeniden gelişmesini sağlamıştır.²²⁵

Kamu hukuku - özel hukuk ayrımı belirginleşmiştir. Siyasal zor, üretim ilişkileri alanından çekilmiş; toprağa ve feodal yükümlülöklere bağlı emek özgürleştirilmiştir. Ayrı bir alanda örgütlenen devlette, gelirleri doğrudan üretimden çekilmeyen, siyasal ayrıcalıklara sahip olmayan bir bürokrasi doğmaya başlamıştır. Burjuva toplumsal yapısında, özgül bir sınıf olarak özel ilişkilerin dışında ve üzerinde bir bürokrasinin oluşumu devletin dışsallığı liberal anlayışını güçlendirmiştir.²²⁶ Burjuva toplumsal/siyasal yapısında belirginleşen, özel ve bireysel çıkarların alanı ile bunları aşan ortak yararı temsil eden devletin alanı fikri, yani sivil toplum-devlet ayrımının fikri kökleri Aristo düşüncesinde de bulunmaktadır. Ancak

²²⁴ **Ibid.**, s.100

²²⁵ Valette, **Le service public à la française**, s.20

bu ayırım kapitalist toplumsal siyasal örgütlenmede gerçek anlamını bulmuştur. Bireysel çıkarlar ile ortak çıkarlar arasındaki çelişki, Hegel'e göre, devlet dolayımıyla aşılır; evrensel aklı temsil eden devlet evrensel ile bireyseli birleştirerek sivil toplumdaki çelişkilerin aşılmasını sağlar. Özel çıkarlar ancak kamu yararını hayata geçiren bürokrasinin aracılığıyla gerçek gelişmesini sağlayabilir.

Bu dönemde kamu hukuku, kamu gücünün hukuku olarak kabul edilmektedir.

Eski Rejim'de (Devrim öncesi, XVII ve XVIII yüzyıllarda Bourbon kralları yönetimi), kamu hizmeti anlayışının bazı ilkeleri gelişmeye başlamıştır. Kamusal hizmetlerin ancak özel girişimin eksikliği durumunda veya savaş, kıtlık, veba gibi istisnai hallerde var olabileceği ve bunun dışında özel kişilerle rekabete giremeyeceği anlayışı XVII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yerleşmiştir. Halkın fırınlardan ve değirmenlerden eşitlik temelinde yararlanacağı ilkesi kabul edilmiştir.²²⁷ Kamu hizmeti, krallığın kamusal işlerdeki müdahalesini ifade ettiği gibi, bireylerin krallığa hizmeti de bir kamu hizmeti olarak değerlendirilmiştir. Polis kavramı da bu dönemde kamu hizmeti kavramıyla birleşmeye başlamıştır (Yunanca'dan gelen polis terimi, kamusal konuları yönetmeyi ifade eder).²²⁸

Devrim sırasında, özellikle kamulaştırmalarda, sıklıkla kamu hizmeti kavramına başvurulmuştur. Kamu hizmeti, bir bireyin diğerine yaptığı hizmet değil, tüm toplumu ilgilendiren hizmetler olarak özellikle bireysel hizmetlerle karşıt anlamlı kullanılmaktadır. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 12. maddesinde kamu gücünün, tevdi edilenlerin özel çıkarına değil herkesin yararına kurulduğu belirtilmiştir. 15. maddeye göre toplumun her kamu görevlisinden, idaresiyle ilgili olarak hesap isteme hakkı vardır. Kamu yararı, kamulaştırmayı düzenleyen 17. maddede de bulunmaktadır.

²²⁶ Jourdan, "La formation du concept de service public", s.106

²²⁷ **Ibid.**, s.103; "1665 yılında, Marignane belediyesinin bir fırın açması üzerine, fırıncılar kamusal haklarının sınırlandığı ve işlerini kaybettikleri gerekçesiyle dava açmış; mahkeme, belediyenin hizmetin sürekliliğini ve halkın yararını sağlama iddiasını yerinde görerek ve yetersiz sunum ve aşkın fiyat gerekçeleriyle davayı reddetmiştir." s.103

²²⁸ Valette, **Le service public à la française**, s.22

Liberal devlet anlayışının “jandarma devleti”, kamu hizmeti anlayışının gelişimini sınırlamıştır. Liberal devlet arayışı, dengeli, istikrarlı ve serbest, devrimlerden ve otoriter yönetimlerden uzak bir toplum isteğine dayanır. Bu nedenle kamu gücü düzen sağlama işleviyle sınırlandırılmıştır. Jandarma devlet bir minimum-devlet değildir; Devrim sonrası kurulan devlet, işlevlerini hızla artırmıştır. Birinci İmparatorluk (I.Napolyon, 1804-1814) döneminden Birinci Dünya Savaşı’na, Fransa önemli bir iktisadi ve toplumsal dönüşüm yaşamıştır. Örneğin, 1830’larda, egemenlik hizmetlerini (adalet, maliye, savaş, deniz dışişleri ve içişleri) gören altı bakanlığa, ticaret, kamu işleri ve tarım bakanlıkları eklenmiştir. Demiryolu taşımacılığı, su ve daha sonra gaz dağıtımı imtiyaza verilmiştir. Gümrük vergileri toplama, silah ve seramik üretimi; posta, tütün ve kibrit tekeli, devletin faaliyetleri arasındadır. Bununla birlikte devlet müdahaleciliği, esas olarak düzenleme faaliyetiyle sınırlı kalmıştır.

Devlet faaliyetlerinin genişlemesiyle jandarma devlet (*l’État-gendarme*), koruyucu devlete (*l’État-providence*) dönüşmüştür. Fransa sanayileşmesinde ve tarımında dışa karşı korumacı bir politika izlemiş, bu da devlet işlevlerinin artmasına etki etmiştir. Ayrıca, sanayileşmeyle ortaya çıkan büyük işçi kitlelerinin, hiçbir bireysel girişimcinin düzeltmek istemediği kötü hayat şartları, devletin yeni işlevler üstlenmesini gerektirmiştir. Çalışma yasaları ve bunların uygulanmasının denetimi, kamu eğitimi, işgücünü desteklemeye yönelik (ucuz ekmek, hamamlar vs gibi) yerel yönetim hizmetleri bu bağlamda örnek verilebilir.

İkinci İmparatorluğun (III. Napolyon, 1852-1870) sonuyla birlikte Fransız Devlet Şurası, genel anlamından farklı, hukuki kategori olarak kamu hizmeti kavramını kullanmaya ve geliştirmeye başlamıştır. III. Cumhuriyet (1875-1914) döneminde kamu hizmetleri konusunda, yangınlarla mücadele, tıbbi yardım, hijyen ve sağlık, işçi bulma büroları ve sendikalar yasası gibi çok sayıda yasa çıkarılmıştır. Karayolları, demiryolları yani ülke içi bağlantılar, su, gaz ve daha sonra elektrik

hatları devletin imtiyaz aracılığıyla yerine getirdiği işlevleri arasında yer almıştır. Devlet faaliyetlerindeki bu genişleme Devlet Şurası içtihatlarına da yansımıştır.²²⁹

Kamu hizmeti kavramı XVIII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişmiş ve yaygınlaşmıştır; devrimci kriz döneminden, yüzyıl sonunda hukukçularca formüle edilmesine kadar kavram öğreti ve yaşamada kullanılmış olmakla birlikte hiçbir yazar tarafından kamu hizmeti teorisi oluşturulmamıştır; idarenin ampirik ve tanımlayıcı olarak ele alındığı çalışmalarda kamu hizmeti, daha ziyade teşkilatı tanımlamak üzere organik anlamda kullanılmıştır.²³⁰ Kamu hizmeti kavramı XIX. yüzyılda mevzuata da girmiştir. Ceza Kanunu'nun 224 ve 230. maddeleriyle 1881 tarihli basına ilişkin kanunun 31. maddesinde "kamu hizmeti görmekle görevli yurttaşlar"a yönelik hakaret ve şiddet cezalandırılmaktadır.²³¹

Doğuşunda idare hukuku, kamu gücü düşüncesi etrafında gelişmiştir. 19. yüzyıl sonunda idarenin faaliyet alanının genişlemesi kamu gücü anlayışının çözülmesi sonucunu doğurmuştur. Özellikle devlet tarafından iktisadi, teknik, kültürel ve sosyal alanlarda kamu hizmetleri yaratılması, "hakimiyet tasarrufları - temşiyet tasarrufları" ayrımına dayanan kamu gücü ölçütünü temelinden sarsmıştır zira, pek çok bakımdan kamu gücü kullanılmayan bu faaliyetlerin idare hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi için yeni bir ölçüt bulunması gerekmiştir.²³² Bu ölçüt Uyuşmazlık Mahkemesinin *Blanco* kararında ortaya çıkmıştır: Kamu hizmeti.

Kamu hizmeti kavramı, ilk olarak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, 8 Şubat 1873 tarihli *Blanco*²³³ kararında kullanılmıştır. Karar, "kamu hizmetinde çalışan kişiler tarafından bireylere verilen zararlarda devletin sorumluluğuna" ilişkindir.

²²⁹ *Ibid.*, s.24-7

²³⁰ Jourdan, "La formation du concept de service public", s.108

²³¹ *Ibid.*, s.114

²³² Georges Vlachos, "Fondements et fonction de la notion de service public", **Recueil Dalloz**, Chronique XLV, 1978, s.258

²³³ (*Blanco*, TC, 1873), **GAJA**, n° 1

Kamu hizmeti kavramının idari uyuşmazlıkların ölçütü olarak *Blanco* kararından önce, ilk kez 1807 *Simon* kararında kullanıldığını ve ayrıca 1855 *Rothschild* kararının da örnek verilebileceğini savunanlar bulunmakla birlikte, sözkonusu kararlarda kamu hizmetinden ziyade kamu gücü anlayışının kullanılmış olduğu öğretilerde genel kabuldür.²³⁴

Blanco kararı, bu farklı yorum dışında, idari yargının ölçütü olarak kamu hizmetlerinin benimsenmesinin ilk esaslı uygulaması olarak değerlendirilmektedir.²³⁵ Karar için görüş sunan hükümet komiseri David, idarenin işleyişine adli makamların karışmasını yasaklayan kuralları hatırlatmış ve kamu hizmetinin işleyişinden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli makamların yetkisi dışında olduğunu savunmuştur. David'e göre devletin özel hukuk kişileri gibi hareket ederek yaptıkları işlemlerde adli mahkemeler; "idari kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için kamu gücü olarak hareket ettiği" işlemlerde de idari mahkemeler yetkilidir. Uyuşmazlık Mahkemesi, "devletin kamu hizmetlerini yerine getirirken kullandığı kişilerin eyleminden kaynaklanan zararların tazmininin, bireyler arası ilişkileri kurala bağlayan Medeni Kanuna göre düzenlenemeyeceğini ve bunun hizmetin gereklerine uygun, kişiler ile devletin menfaatini uzlaştıracak ilkelere göre düzenlenmesi gerektiğine" karar vermiştir.

İdarenin sorumluluğuna ilişkin bu uygulamanın dışında, kamu hizmeti, bu dönemde kamu mallarının belirlenmesinde temel ölçüt olarak rol oynamıştır. Bir

²³⁴ Kamu hizmeti kavramının kullanıldığı başka örnekler de verilmektedir: Termal işletmelerin imtiyazına ilişkin *Lafond* (CE, 1866) kararında Fransız Devlet Şurası, "sağlık kamu hizmetinin yerine getirilmesi"nden bahsetmektedir. *Cartier* (CE, 1850) kararında araba vapuru işletmesinin; *Dudou* (CE, 1856) kararında da ulusal tiyatroların da kamu hizmeti gördüğü kabul edilmiştir. Jourdan, "La formation du concept de service public", s.111-113

²³⁵ *Blanco* (TC, 1873) kararını hükümet komiseri David'in mütalaasıyla birlikte değerlendiren Jourdan, kararda kamu hizmetlerinin idari yargının ölçütü olarak kullanılmadığı; tersine asıl olarak kamu hizmetinin yürütümünden kaynaklanan işlemlerin kamu gücü işlemleri kategorisi içine dahil edildiği yani kamu gücü ölçütünün kullanıldığı sonucuna varmaktadır. **Ibid.**, s.111

malın kamu hizmetlerine özgülenmiş olması, bunun kamu malı niteliğinin ve idari yargının görevinin ölçütüdür.²³⁶

Blanco kararı, zamanında etkili olmamıştır. 1873 *Blanco* Kararında kullanılmış olması, kamu hizmeti kavramının idare hukukunda doğrudan yerini alması sonucunu doğurmamıştır. Rivero, kamu hizmeti kavramının teknik olarak yüzyıl başında hukukçular (özellikle Hauriou’yu vurguluyor) tarafından işlenene kadar, Fransız yazınında teknik anlamda kullanılmamış olduğunu savunmaktadır. Rivero, Fransız Devlet Şurası ikinci başkanı Laferrière’in 1887 tarihli İdari Yargı kitabında dahi, Blanco kararına sadece idarenin sorumluluğu başlığı altında kısaca ve kamu hizmeti kavramına başvurulmadan değinildiğini saptamaktadır.²³⁷

Blanco kararının önem kazanması, Devlet Şurası’nın 6 Şubat 1903 tarihli *Terrier (CE, 1903)* kararında hükümet komiser Romieu’nun geliştirdiği görüşler çerçevesinde olmuştur. Romieu’ya göre, idari yargının görevli olması ancak idarenin özel hukuktan farklı usuller kullanması durumunda sözkonusu olabilir; kamu hizmetlerinde kamusal usuller kullanılması kural, özel usuller kullanılması ise istisnadır. İdarenin kendini bireylerle eşit konumlandırmış olup olmadığına her olayda Devlet Şurası karar verecektir. Ancak Devlet Şurası, hükümet komiserinin yaptığı ayrımı kullanmamış ve olayda yerel yönetimlerden birinin özel kişilerle yaptığı sözleşmenin idari nitelikte olduğu sonucuna varmıştır. Daha sonra Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 29 Şubat 1908 tarihli *Feutry* (idari sorumluluk konusunda); Devlet Şurasının 4 Mart 1910 tarihli *Thérond* kararlarında da (sözleşme konusunda) kamusal usuller (yürütüm)- özel usuller ayrımı kabul edilmemiştir. Ancak iki yıl sonra, 31 Haziran 1912 tarihli *Société des granits porphyroïdes des Vosges* kararında, hükümet komiseri Léon Blum’ün, idari sözleşme için, konusunun kamu hizmeti olması yetmez, ortak hukuku (özel hukuku) aşan şartlar taşıması da gerekir görüşü Devlet Şurasınca da kabul görmüştür. Nihayet Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 22 Ocak 1921 tarihli *Société commerciale de l’Ouest africain* kararında

²³⁶ *Ibid.*, s.112

²³⁷ Rivero, “Hauriou et l’avènement de la notion de service public”, s.462

(kısa adı *Bac d'Eloka*), "özel girişimlerle aynı koşullarda faaliyet gösteren kamu hizmetleri"nin varlığını kabul ederek pek çok uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girmesi sonucunu doğurmuştur. Bu kategorideki kamu hizmetleri daha sonra öğretilerde "sınai veya ticari kamu hizmetleri" olarak adlandırılmış ve kimi yönleriyle idari yargı da dahil idari rejim içine alınmıştır.²³⁸

Bu şekilde kamu hizmeti konusunda zengin bir içtihat bulunmakla birlikte kamu hizmeti kavramına gerçek içeriğini ve önemini kazandıran hukukçuların, yüzyıl başında devletin işlevlerinde ortaya çıkan gelişmenin kamu hukukunda yarattığı dönüşümleri açıklamaya yönelik çalışmaları olmuştur.

Yüzyıl başında Duguit, Bonnard ve Jèze'in çalışmalarıyla Kamu Hizmetleri Okulu anlayışı oluşmuştur. Kamu hizmeti kavramını, idare hukukunun temel açıklayıcısı olarak kullanan görüşün Kamu Hizmetleri Okulu tarafından geliştirildiği genel kabul gören düşünce olmakla birlikte, Hauriou'nun kamu hizmeti kavramını idare hukukunun temel açıklayıcı kavramı olarak kullanan ilk hukukçu olduğu da savunulmaktadır. Bordeaux (kamu hizmetleri) okulu kamu hizmeti kavramını tüm idare hukukunun ve hatta devletin açıklayıcı kavramı olarak kurgulamıştır. Duguit'ye göre, "devlet, yönetenler tarafından örgütlenen ve denetlenen kamu hizmetleri birliğidir"; Bonnard ise "esas olarak kamu hizmetleri bütününden oluşan toplumsal örgütlenmeden söz etmektedir; Jèze kamu hizmetini "idare hukukunun köşe taşı" olarak değerlendirmektedir. Duguit, Jèze ve Hauriou'nun görüşlerini birinci bölümde ele aldığımızdan burada yeniden aktarmayacağız.

Kamu hizmetleri ekolü anlayışının Fransız idare hukukuna egemen olması idare hukukunun ve idari yargının ölçütünün kamu hizmeti olarak alınması o dönemki içtihatların tamamen kamu hizmeti anlayışına dayandığı anlamına gelmez. Yukarıda da aktardığımız gibi, idari yargı içtihatlarında sözkonusu anlayışı ortaya çıktığı dönemde de, kamu hizmeti idari yargının tek ölçütü olarak alınmamıştır. Bu dönemde kuramsal düzeyde, içtihatların yardımıyla, "kamu hizmeti, idare hukuku ve idari yargı birliği" anlayışı geliştirilmeye çalışıldıysa da bu çaba başarısızlığa

²³⁸ Valette, *Le service public à la française*, s.28-3; *supra.*, İkinci Bölüm, II, C

uğramıştır. Kamu hizmetlerinin tek tip olduğu varsayılan hukuki rejimi için dönüm noktasını oluşturan karar yine kamu hizmetleri okulunun ağırlıkta olduğu yıllarda verilen ve kamu hizmetlerinin özel yürütümünün mümkün olabileceğini kabul eden *Bac d'Eloka* kararıdır.

İdare hukukunun kamu hizmeti temel alınarak kurulmaya çalışılması, idare hukuku tekniğine ilişkin sonuçlarından ziyade, idare ve giderek de devlet anlayışındaki bir dönüşümün, hukukçular tarafından kamu hukuku alanına yansıtılması bakımından önemlidir.

I. Dünya Savaşından itibaren devletin faaliyetlerindeki hızlı artış, kamu hizmetlerinin hızlı gelişimi, klasik anlayışı sarsmıştır. Özellikle iki savaş arası dönemde, Halk Cephesi'nin yaptığı millileştirmeler ile, devletin doğrudan iktisadi faaliyete girdiği bir kamu ekonomisi sektörü yaratılmıştır. II. Dünya Savaşında işbirlikçi Vichy hükümeti, müdahaleci ve korporatist bir iktisadi politika izlemiştir. Bu dönemde, günümüzdeki, bağımsız idari otoritelere de kaynaklık eden, düzenleyici kurullar yaygınlaşmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında Fransa'nın yeni hükümeti, bankacılık, sigortacılık, hava taşımacılığı, havacılık sanayi, otomobil üretimi (Renault), kömür, elektrik ve gaz alanlarında millileştirmeler yaparak önemli bir kamu sektörü yaratmıştır. Yerel yönetimlerin faaliyetlerindeki artış da bu gelişmeye eşlik etmiştir. Kapitalist gelişmenin gerçekleşmesi için gerekli olan altyapı devlet tarafından karşılanmıştır.²³⁹

Bac d'Eloka içtihadından türetilen sınai veya ticari kamu hizmetleri anlayışı, yani devletin özel girişimcilerin faaliyetlerine benzeyen, özel usullerle işleyen faaliyetlerinin de kamu hizmeti sayılması ve kısmen de olsa idare hukuku rejimine tabi kılınması, özellikle idari yargının görev alanının genişlemesine, bu tip faaliyetlerin kamu hizmetinin klasik rejimi içinde açıklanamamasına yol açmıştır.

1940'ların ikinci yarısından itibaren yaygın olarak kamu hizmeti hukuki algılanışında “kriz”, “gerileme”, “mit”, “değişim” saptaması yapılmaya

²³⁹ Vlachos, “Fondements et fonction de la notion de service public”, s.262

başlanmıştır.²⁴⁰ Hukukçular organik ölçütün (faaliyetin idareden kaynaklanması) gözardı edilerek kamu hizmetini, bununla bağlantılı olarak idare hukukunu ve idari yargıyı tanımlamakta maddi/işlevsel ölçütün (faaliyetin kamu yararına olması) kullanılmasının “krizi” doğurduğunu savunmuşlardır.²⁴¹

Kanımızca bu genişlemeden ortaya çıkan bir kriz, “genişleme krizi”dir. Kamu hizmeti, kamu örgütü, idare hukuku ve idari yargı arasında kurulan birlik dağılmıştır. Yüzyıl başında kamu hizmetinin kurucu unsurları, kamu yararı, bunu gerçekleştiren kamusal örgütlenme ve özel hukuki rejim, arasındaki birlik dağılmıştır.²⁴² Bu anlamda kamu hizmetleri bir kriz yaşamaktadır.

Bununla birlikte 1955 ve 1960 yılları arasında verilen kararlarla kamu hizmeti kavramı bir yeniden canlanma dönemi yaşamıştır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1955 yılına ait *Effimieff*, Fransız Devlet Şurası’nın 1956 yılına ait *Époux Bertin*, *Consorts Grimouard* ve *Société Le Béteon* kararları²⁴³ kamu hizmetinin çeşitli hukuksal kurumların ölçütü olarak kullanıldığı kararlardır. Fransız Devlet Şurası başkanı Latournerie’nin 1960 yılına kamu hizmetleri okulunun günümüzdeki temsilcisi sayılan Laubadère’in 1961 yılına ait yazıları bu canlanmaya katkı sağlamıştır.²⁴⁴

²⁴⁰ Corail, 1954 tarihli çalışmasında, yedi sekiz yıldan beri sürekli kriz tartışması yapıldığını saptamaktaydı. Jean-Louis de Corail, **La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français**, Paris, LGDJ, 1954; Günümüzde de bir kriz saptaması yapılmaktadır. Yine bu başlığı taşıyan eserler bulunmaktadır. Örneğin, Jean-Marie Rainaud, **La crise du service public français**, I.B., Paris, PUF, 1999; Türk öğretisine yansıması: Turgut Tan, “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s.329. Kanımca sözü edilen bu kriz, öncekinden farklı olarak bir “daralma krizi”dir.

²⁴¹ Georges Liet-Veaux, “La théorie du service public, crise ou mythe?”, **RA**, 1961, s.258

²⁴² Kamu hizmetinin hukuki yapısı, tüm bireylerin ortak hukukuna yani özel hukuka da tabi olmaktadır. Jean L’Huillier, “A propos de la ‘crise’ de la notion de service public”, **Recueil Dalloz**, Chronique, 29. Cahier, 1955, s.122

²⁴³ (*Effimieff*, TC, 1955) **GAJA**, n°82; (*Époux Bertin*, CE, 1956), **GAJA**, n° 83; (*Consorts Grimouard*, CE, 1956), **GAJA**, n° 83; (*Société Le Béteon*, CE, 1956), **GAJA**, n° 84

²⁴⁴ Roger Latournerie, “Sur un lazare juridique, bulletin de santé de la notion de service public, agonie? Convalescence? Ou jouvence?”, **EDCE**, 1961, s.61-159; André de

Ancak 1970'lerin ortasında yaşanan petrol şokuyla tetiklenen dünya iktisadi krizi, devlet müdahaleciliğini esas alan iktisadi politikaların (Fordist iş örgütlenmesi ve Keynesyen iktisadi politikalar) sonunu ilan etmiştir²⁴⁵. Eskisinden farklı olarak, neo-liberal ilkelerle belirlenen, yeni kapitalist birikim rejiminde, devlet iktisadi alanlardaki işlevlerini üreticilikle değil, düzenleyicilikle sınırlayacak, kamu harcamalarını kısıacaktır. Devlet yararlandırıcı değil, sınırlayıcı ve düzenleyici işlevlerine ağırlık verecektir. Zor kullanarak düzen sağlama hizmeti (yani kolluk) devletin temel işlevi haline gelecektir. Devletin o güne kadar “işgal” ettiği piyasa alanları, özel girişimciler için yeni karlılık alanları olarak boşaltılacaktır.

Devletin işlevlerindeki dönüşümle birlikte, kamu hizmeti, genişleme ve denge döneminin ardından, hukuki yönü de dahil olmak üzere her yönüyle gerileme dönemine girmiştir. Fransa’da 1981 yılında sol iktidar, ekonomik krize karşı bir önlem olarak millileştirmelere başvurmuş ancak bu öncekilerden farklı olarak mali sektörle sınırlı ve ekonomide kamusal bir yönelişi ifade etmeyen cılız bir girişim olarak kalmıştır. Valette Fransa’da gerileme miladı olarak sağın çoğunluğu sağladığı ve özelleştirme yasasını çıkararak özelleştirmelere başladığı 1986’yı kabul etmektedir. 1986 ve 1993 yılında çıkarılan yasalarla, bankacılık, sigortacılık ve sanayiinin çeşitli dallarında özelleştirmeler gerçekleştirilmiştir. Özellikle, Avrupa Birliği’nin temel yaklaşımı devletin sadece düzenleyici faaliyetlerle sınırlanması anlayışı Fransa siyasetine, toplumsal direnişlere rağmen kendini kabul ettirmektedir. Son dönem sol hükümetinin, neo-liberal çerçeve içinden çıkamamasının önemli bir nedeni de budur. Ancak, özellikle kamu kesiminde örgütlü sendikaların, kullanıcıların ve genel olarak kamu hizmeti kültürüyle yetişmiş geniş toplumsal kesimlerin tepkileri AB’nin projesinin geciktirmektedir.²⁴⁶ Günümüzde Fransa, kamu

Laubadère, “Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français”, **AJDA**, 1961, s.591-599

²⁴⁵ Ian Gough, **The Political Economy of the Welfare State**, London, Macmillan, 1980, s.128 vd.,

²⁴⁶ Fransız idare hukuku yazınında da AB içinde Fransa’nın gerçekten liberalleşmeyi engelleyici bir özgünlük taşıyıp taşımadığını tartışan yazılar yayınlanmaktadır. Örneğin, Jean-Marie Pontier, “Sur la conception française du service public”, **Recueil Dalloz**,

hizmetlerini toplumsal uzlaşmasının temeline yerleştirmiş ve henüz bu uzlaşmayı dağıtamamış bu nedenle AB içinde sorunlar yaşayan bir ülke konumundadır. Tüm gelişmelere karşın kamu hizmetinin Fransız ulusal kimliğinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir.²⁴⁷

Bugün yine bir kriz saptaması yapılmaktadır. Ancak son yıllardaki kriz ilk krizin aksine kamu hizmetlerindeki daralama ile, bu güne kadar belirli bir denge ve istikrar kazanmış kamu hizmetleri hukuku arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan krizdir. Bir “daralma krizidir”.

Tüm kriz saptamalarına karşın kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramı olma özelliğini sürdürmektedir. İdari yargının görev alanı, idari örgütlenme, işleyiş ve idarenin sorumluluğu vb. konularda, ek ve alternatif ölçütlerin varlığına karşın, kamu hizmeti hâlâ temel ölçüt kavramdır. Kamu hizmetinin varlığı “idare hukuku uygulanmasının zorunlu fakat yeterli olmayan koşulu”dur; yüzyıl başında yapılmak istenilenden farklı olarak tüm idare hukuku kamu hizmeti kavramı etrafında kurulamayacağı gibi bu kavrama başvurmadan da kurulması mümkün değildir.²⁴⁸

3. Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmeti Anlayışının Oluşumu

Chronique, 2.Cahier , 1996, s.9-14; Bernard Strin, “La conception française du service public”, **CJEG**, Haziran 1993, s.299-305; Jacques Hardy, “Le service public en question”, **Politiques et Management Public**, c.14., sy.3, 1996, s.45-66; Michel Bazex, “Le concept de service public en droit national français”, in **Vers un service public européen**, Paris, Aspe Europe Edition, 1996, s.117-132

²⁴⁷ Pontier, “Sur la conception française du service public”, s.11; Pontier, Fr ansızların kamu hizmetleri savunusunu, kamu yöneticilerinin çıkarlarına dayandığı, kamu işçileri ve görevlilerinin grevlerinin, hizmete zarar verme gibi bir çelişki ve korporatist nitelik taşıdığı, değişime karşı gerici ve milliyetçi bir tepki olduğu gerekçeleriyle eleştirmektedir. s.12

²⁴⁸ Guy Braibant, Bernard Stirn, **Le droit administratif français**, Paris, Presse de sciences po et Dalloz, 1999, s.137

Kamu hizmetlerine ilişkin ülkemizde, günümüzde de geçerli olan, hakim görüş iki temele dayanır. Birincisi kamu hizmetlerinin mutlak olarak yasakoyucunun iradesine dayanması; ikincisi piyasa yetersizliği. Bu iki temelin kökenlerini cumhuriyet dönemi idare hukukunun kuruluşunda bulmak mümkündür.

Piyasa yetersizliği anlayışı, devletçi kalkınma modelinin varlık nedenidir. Bu modelde devletin üretim sürecine girerek kapitalist ilkeyi bozmasının istisna ve geçici olduğu açıkça kabul edilmiştir. Yani devletin belirli toplumsal ihtiyaçların karşılanmasını üstlenerek kamu hizmeti alanları yaratması, istisnai ve geçicidir; kapitalist üretim biçimini a maya yönelik olmadığı gibi onu geliştirmeye ve kalıcıla tırmaya yöneliktir. Bu nedenle, piyasanın eksiklikleri giderildiği oranda kamu hizmetleri alanları bo altılacak/ zelle tirilecektir. Kamu hizmetini ele alan tüm idare hukuku yazınında piyasa yetersizliği görüş bulunur.

Yasakoyucunun mutlak belirleyici olduğu görüş de öğretide istisnasız olarak benimsenmiştir. Kamu hizmetleri yasakoyucunun iradesiyle varlık kazanır. J ze'in kurucusu olduğu bu anlayış, hukuki pozitivizmin kamu hizmeti konusundaki yansımasıdır.

J ze'in görüşleri, Türk idare hukukunun cumhuriyet dönemi oluşum aşamasının ba ından beri etkili olmuştur. Duguit'nin "kamu hizmeti kavramı artık egemenlik kavramının yerine geçmiş bulunmaktadır. Devlet artık emreden bir egemen kudret değildir; ellerinde tuttukları kuvveti kamu hizmetlerini kurmak ve i letmek için kullanmakla ödevli birtakım fertlerdir"²⁴⁹ anlayışı, yerini aldığı monar iden farklı olarak modern bir devlet kurma çabasında meşruluğunu arayan yeni Türkiye Cumhuriyeti için açıklayıcı olmaktadır. Monar iden milli egemenlik anlayışına dayalı cumhuriyete geçilmiş olması hukukun tek ve geçerli kaynağının yasakoyucunun iradesi olması görüşünün çekincesiz kabul görmesinde etkili olmuştur. Bunun dışında J ze'in görüşlerinin 1930'lardaki çalışmalarla aktarılması da Türk idare hukuku öğretisinin oluşumunda belirleyici olmuştur.

²⁴⁹ Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s.77

Genel kabul gören anlayışa göre Sıddık Sami Onar²⁵⁰ Türkiye'de '*Kamu Hizmetleri Okulu*'nun kurucusu ve önde gelen temsilcisi olmuştur.²⁵¹

Ancak 1930'lu yıllarda yayınlanan eserlere baktığımızda bu yargının çekincesiz kullanılamayacağını görebiliriz.

Onar'ın ilk eseri olan 1935 tarihli **İdare Hukuku Ders Notları**²⁵² adıyla yayınlanan kitabını incelediğimizde kamu hizmeti anlayışının kullanılmadığını saptayabiliriz. Eserde Bordeaux hocaları Jèze'in ya da Bonnard'ın görüşleri değil aksine, kamu gücü anlayışının savunucusu Toulouse hocası Hauriou'nun görüşleri etkilidir. Onar, Hauriou'dan mülhem, idare hukukunu, kamu gücü ile kamu hizmetinin biraraya gelerek oluşturduğunu savunmaktadır. "Âmme hizmetleri idarenin varacağı hedef, başarmağa mecbur olduğu işlerdir. Âmme kudreti ise bu işlerin başarılabilmesi için lazım olan vasıta"dır (s.9)." Eserinin daha sonraki basılarında idare hukukunu kamu hizmetleri kavramı üzerine inşa eden Onar, 1935 yılında idare hukukunun konuları arasında kamu hizmetlerine ayrı bir başlık açmamaktadır. Teşkilat, yetki, idari tasarruflar ve denetim, idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır. "İdare hukuku âmme hukukunun: 1. Âmmme idaresinin ve bunu tecessüm ve teşehhüs ettiren muhtelif idare hükmü şahıslarının teşkilâtı; 2. Bu idare hükmî şahıslarının âmme hizmetlerini başarmak için haiz oldukları salâhiyet ve kudretleri; 3. Bu salâhiyet ve kudretlerin istimal tarzlarını ve bundan çıkabilecek ihtilâfların hal suret ve şekillerini tanzim eden branş"dır (s.9)." Onar, kamu hizmetlerine ilişkin kısa bir saptama yapmakla yetinmektedir. "İndividüalistlere göre Devlet şimendöfer işletmekle mükellef değildir. O, yalnız serbest rekabeti temin eder, eğer cemiyette şimendöfer iktisadî bir ihtiyaca tekabül ediyorsa rekabet

²⁵⁰ Sıddık Sami İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş ve 1924 -1926 yılları arasında Paris Hukuk Fakültesine devam etmiş ve Henri Capitant tarafından (Cours d'agrégation)'a kabul edilmiş, 1933 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi idare hukuku profesörü tayin edilmiştir.Bkz Ali Çankaya, **Mülkiye Tarihi**, c.II, Ankara 1968, s.1198

²⁵¹ İl Han Özay, "Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmetleri Anlayışı: 'Çok Yaşa' ya da 'A tes Amour'", **İÜHF**, C. LVI, sy.1-4, 1998, s.293

²⁵² Sıddık Sami Onar, **İdare Hukuku (Ders Notları) 1935**, İstanbul, İ.Ü.Talebesi Cemiyeti Neşriyatı, 1935

serbestisi ile, arz ve talep kanunları ile bu, temin idilir. Halbuki sosyalist ve solidarist bakıma göre Devlet fertlerin teşebbüsünü beklemeksizin şimendöfer işletmek vazifesi ile mükelleftir. İşte bu görüş Âmme Hukukunda hakimiyet mefhumunun yanında yeni bir mefhumun âmme hizmeti mefhumunun genişlemesini intaç etmiştir (s.8)."

Onar'ın 1935 tarihli ders notlarında kamu hizmeti anlayışı bulunmamaktadır. Türkiye'de kamu hizmetleri anlayışının kurucusu olarak hiç adı geçmeyen Mustafa Şeref Özkan'ın²⁵³ 1935 tarihli **İdare Hukuku Ders Notları**'nda²⁵⁴ kamu hizmeti, idare hukukunun temeli olarak alınmıştır.

Mustafa Şeref Özkan açıkça “âmme hizmetleri hukuku”ndan bahsetmekte; idare hukuku ile âmme hizmetleri hukukunu aynı şey olarak değerlendirmektedir. Özkan'ın “âmme hizmetleri hukuku” terimini bilinçli olarak, ayrı bir hukuk dalını

²⁵³ Mustafa Şeref, 1908 İstanbul Hukuk Mektebi mezunudur. Devlet bursuyla 1909'da gittiği Paris Hukuk Fakültesi'nde 1912'de lisans öğrenimini tamamlayarak yurda dönmüştür. 1913'te İstanbul Hukuk Fakültesi'nde, 1926'dan itibaren yeni açılan Ankara Hukuk Fakültesi'nde ve 1936'dan itibaren de Ankara'ya nakledilen Siyasal Bilgiler Okulu'nda idare hukuku dersleri vermiştir. 1925 yılında İsmet Paşa kabinesinde İktisat Vekilliği yapmıştır. 10 Eylül 1938'de vefat eden Mustafa Şeref hakkında Hayri Ürgüplü “onun kafasında millet, devlet ve âmme hizmetleri mefhumlarının birleşmiş, tekâmül etmiş olduklarını Fakülte'deki tedrisât notlarından kolaylıkla anlamak kabildir” değerlendirmesini yapmaktadır. Ali Çankaya, **Mülkiye Tarihi**, c.II, Ankara 1968, s.1190.

Mustafa Şeref, 1930'ların başındaki sanayileşme hareketinin modelini oluşturan kişidir. Modelinin İş Bankası çevresinden aldığı tepki üzerine görevinden ayrılmış; hükümet bundan sonra yeni bir sanayileşme modelini uygulamıştır. Mustafa Şeref'in modelinde, bankalarla sanayi ayrı olacaktır zira sanayi sermayesine sahip olmak bankaların kredi verip yüksek faiz geliri elde etmek amacıyla çelişiktir. Sanayie kredi vermek için ayrı bir banka kurulacak devletin sanayi tesisleri de ayrı bir kuruluş eliyle gerçekleştirilecektir. Bu modelde devlet girişimlerine yasal bir ayrıcalık tanınmamaktadır; devlet ve özel girişimler sanayicilikte eşit gelişme şansına sahip olacaklardır ancak büyük ölçekte kurulma şansına sahip olan devlet girişimlerinin başarı ve gelişme şansının daha fazla olduğu da açıktır. Bu modelin işleyebilmesi için özel kesime aktarılan kaynakların sanayi lehine yeniden dağıtımı gerekmektedir. Özel kesim sahip olduğu rantlardan vazgeçmemek ve kendi payını büyütme için direnmiş ve İktisat Vekili Mustafa Şeref'in ayrılmasını ve sanayie ortak olan milli bankalar sistemine dayanan sanayileşme modelinin kabulünü sağlamıştır. Bkz Bilsay Kuruç, **Belgelerle Türkiye İktisat Politikası**, c.1, AÜSBF yayınları 569, Ankara 1988, s.XXXVIII-XLIII

²⁵⁴ Mustafa Şeref Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları 1935**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı 5, Ankara, 1935

tanımlamak için mi kullandığı yoksa sadece âmme hizmetlerine uygulanan kurallar toplamını mı ifade etmek istediği açık değildir.

Özkan’a göre idare hukuku “...umumî ve müşterek ihtiyaçları karşılamak için kurulmuş olan âmme hizmetlerinin hukuku demek(-tir)...(s.9).” (“umumî ve müşterek ihtiyaç” kalıpları olduğu gibi Fransız yazınından aktarılmalıdır.-OK) “Âmme hizmetlerinin kurulması ve işledilmesi keyfiyeti hukuku idarenin mevzuunu teşkil eder (s.9).” “Âmme hizmeti; hükûmet edenlerin verdikleri veçheler dahilinde cemiyetin umumî ve müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ve tatmin etmek üzere kurulmuş birer teşebbüstür (s.11).”

Mustafa Şeref, savunma ve kolluk faaliyetlerini de kamu hizmeti olarak değerlendirmektedir (s.11).

Mustafa Şeref, âmme hizmetlerinin sınırını idare hukukunun temel sorunu olarak değerlendirmekte; sorunun esasını iyi bir biçimde ortaya koymaktadır. Özkan’ın yaklaşımında “piyasa dışına çıkarma - üstlenme” yaklaşımının izlerini bulabiliriz: “Hukuku idarenin başında bir mesele ile karşılaşırız. O da; âmme hizmetlerinin teşkili, adedleri, miktarı için bir hudud lâzım mıdır? Meselesidir ... Devlet ne dereceye kadar işleri üzerine almalıdır. ... Zira devletin âmme hizmetleri kurması demek, o ihtiyazın teşebbüslerini fertlerin elinden alması demektir. Bu ise ferdlerin faaliyet ve kazanç sahasının daralmasını intaç ediyor. ... XIX uncu asrın ve içinde bulunduğumuz devrin en ateşli meselesi bu meseledir...Fransada da hemen her gazetede müdahaleciler ile serbest mesleğin taraftarları çarpışıyorlar (s.12).”²⁵⁵

Mustafa Şeref’in kamu hizmetleri konusunu toplumsal kökenlerinden koparmadığını da görmekteyiz. Türk idare hukuku yazınında işçi sınıfının tahlil unsuru olarak kullanılmasına rastlanabilen tek eser olan Ders Notları’nda, Mustafa Şeref işçi sınıfının kamu hizmetlerinin genişlemesindeki etkisini ilginç bir şekilde izah etmektedir. “Devlet bir kere muayyen klâsik hizmetleri hâmindir. Bundan başka devlet, harsî iktisadi hizmetleri de üzerine aldığı zaman fertlerin kendi menfaatleri

²⁵⁵ Asrın sonunda da aynı mesele ateşli meseleler arasında. Asrın başında ateşi yaratan müdahale lehindeki bir gelişme iken asrın sonunda daralma lehindeki gelişmeler.

için çalıştıkları saha daralıyor ve ferdin istiklâl ve muhtariyeti tahdid olunuyor demektir. ... İşlerini devlet eline alırsa amele yine devletin işinde işleyebileceği için bir şey kaybetmiş olmayacaktır. Fakat bu takdirde sermaye sahiplerinin faaliyet sahaları daralacağından fazla kazançları azalacaktır. Bu cihetten amele millet meclislerine mebus gönderdikleri için devlet müdahalesinin artmasını teşvik ettiler (s.13).” Açıklamada bazı yanlışlıklar olsa da sınıf esaslı tahlil yapılması ilginçtir. Günümüz idare hukuku yazınına baktığımızda görülmeyen sınıflar, 1935 tarihli idare hukuku kitabında çözümleme aracı olarak kullanılmaktadır. Açıklamadaki yanlışlara gelince, devlet müdahalesi mutlaka sermayenin faaliyet gösterdiği sahalarda olmaz. Hatta genellikle sermayenin alanında sayılabilmesine karşın piyasa yetersizliği nedeniyle fiilen faaliyet gösterilmeyen alanlar doldurulur devlet tarafından. Bu alanlar genellikle bir bütün olarak sermayenin lehine olan alanlardır. Örneğin, ithal ikameci Türkiye’de aramalarını kamu sektörü üretmiştir. Bu müdahalelerin umumi ve müşterek ihtiyaçların karşılanması şeklini alması, devletin, sermayenin üzerindeki altyapı yükümlülüğünü ve emeğin yeniden üretimi maliyeti yükünü üstlenmesi durumunda ortaya çıkar.

Mustafa Şeref’te Türk kamu hizmetleri anlayışının iki temelinden biri olan piyasa yetersizliği görüşü bulunmamaktadır. Ona göre kamu hizmetleri ferdin (özel kişilerin, özel girişimin) karşılayamayacağı toplumsal ihtiyaçların devletçe üstlenilmesinden daha geniş kapsamlıdır. Devlet normal olarak özel girişime ait olan alanlara da müdahale edebilir. “Devletin üzerine âmme hizmeti diye aldığı işler, milli tesanüdü korumak için ferdin ihtiyarına bırakmadığı işlerdir. Yapılmasında gösterilecek ihmaller, umumî menfaati haleldar edecek derecede lüzumlu olan işleri devlet ferdlerin eline bırakamaz. ... Âmme hizmetlerinin hepsi esas itibarile ferdler tarafından yapılabilen hizmetlerdir. ... Âmme hizmetleri de zatlari ve mahiyetleri itibarile ferdî teşebbüslerle, ferdî gayretile başarılamayacak şekilde değildir. Devletin müdahale ettiği işler mutlaka ferdlerin yapamayacağı işler değildir. Yalnız bir kısım âmme hizmetleri vardır ki onların ferdin teşebbüsüne bırakmak millî tesanüdün atisi ve mevcudiyeti için tehlike teşkil edebilir. Çünkü bir işin ferdin teşebbüsüne

birakılması, onu yapıb yapmamakta ferdin muhtar olmasını doğurur (s.18).”

Onar’ın İdare hukukunun planını, Fransız kaynaklardan mülhem, kamu hizmeti üzerine inşa etmesi bir yenilik değildir. Aynı deneme Onar’ın daha kamu hizmetleri anlayışını benimsemediği bir dönemde Mustafa Şeref Özkan tarafından gerçekleştirilmiştir. “Hukuku İdarenin meşgul olacağı işler, devletin üzerine aldığı âmme hizmetleridir. Biz bunları dört noktada toplayabiliriz: 1. Âmme hizmetlerinin teşkilatı. 2. Âmme hizmetlerinin işletilmesi. 3. Âmme hizmetlerinde kullanılan memurlar ve vasıtalara. 4. Âmme hizmetleri işletilirken ferdlerle idare arasında çıkan ihtilâflar nasıl hallolunur (s.26).”

Kamu hizmetleri anlayışının tüm unsurları Musliheddin Âdil’in 1933 tarihli **Mukayeseli Hukuku İdare**²⁵⁶ adlı eserinde de bulunmaktadır. Görüldüğü gibi eser Mustada Şeref’in 1935 tarihli eserinden daha eskidir. Musliheddin Âdil’in eserini daha sonra aktarmamızın nedeni, Fransız kaynaklarından yapılan yüzeysel bir derleme olması nedeniyle gerçek bir idare hukuku kitabı olarak değerlendirilememesidir.

Fransız idare hukukuyla bağlarını göstermek bakımından Musliheddin Adil’in 1933 tarihli Mukayeseli Hukuku İdare kitabı ilginç bir örnektir. Kitapta temel kavramlar Fransızcalarıyla birlikte kullanılmıştır. Yazar esas olarak Jèze’den esinlenmiştir. Ancak yukarıda aktardığımız kitaplarda olduğu gibi bu kaynakta da yararlanılan eserlere atıf yapmama yoluna gidilmiştir.

Musliheddin Âdil de “hukuku İdare, esasen ‘âmme hizmetleri hukuku’dur (s.67)” saptamasını yapmaktadır. “Âmme hizmeti- Le service public: ‘âmme ihtiyacının tatmini için, idarenin müdahalesine lüzum görülen ve idare tarafından devamlı bir suretle ifa ve mürakabe edilen ihtisasî bir hizmettir (s.68).”

Musliheddin Âdil, tek tek kamu hizmetlerinden farklı olarak “Âmme hizmeti sahası”ndan bahsetmektedir. “Bir cemiyetin yaşaması ve ilerlemesi için, başarılması lazım gelen hizmetlerden bir kısmı idareye, bir kısmı da halka aittir. İdare ve ferten

²⁵⁶ Musliheddin Âdil, **Mukayeseli Hukuku İdare**, İstanbul, Güneş Matbaası, 1933

her birine tallûk eden bu işleri, birbirinden ayırmak, hususile, idareye taallûk edenleri, yani Âmme hizmetleri sahasını, tayin ve tahdit etmek Hukuku idarenin en çetîn meselelerinden biridir. ... Her cemiyetin hayatında büyük tesirlerini gösteren iktisadî ve siyasî âmiller, Âmme hizmeti sahasının her memlekette, hatta muhtelif zamanlarda bir memlekette, ayni ölçüye göre tahdit edilmesine mani olmaktadır. Bu cihetle gösterilen ölçülerden hiçbirisi kat'î değildir (s.75).”

Musliheddin Âdil de iradeci anlayışı benimsemektedir. “Âmme hizmeti hakkında, en doğru ölçü, teşriî kuvvetin iradesidir (s.72)”

İdare hukukunun konularını kamu hizmeti kavramını esas alarak bölümlendirme anlayışı Musliheddin Âdil’de bulunmaktadır. “Âmme hizmeti tabirine yalnız bir hizmet değil, o hizmetin icap ettiği bütün unsurlar dahildir. Bu unsurlar dörttür. 1. Hizmetin başarılabacağı mülkî taksimat dairesi yani devlet vilayet, belediye, köy taksimleri. 2. Hizmeti yapacak ve işletecek memurlar ve müstahdemler. 3. Hizmete mahsus emlâk ve hizmetin yapılabilmesi için lâzım olan maddi vasıtalar ve para. 4. Maddî vasıtaları ve parayı temin edecek gelir kaynağı. Âmme hizmeti mefhumunun şamil olduğu bu unsurlar, Hukuku idarenin muhtelif mevzularını teşkil eder (s.73).” Fransız yazınında rastlanan bu ayırlamanın, eserlerde yararlanılan kaynaklara atıf yapılmadığı için özgün olup olmadığını ya da hangi kaynaktan edinildiğini anlamak mümkün değildir.

Kitabın en önemli yanı, idare hukukunun incelenmesi yöntemine ilişkin yaptığı saptamadır. Yazar yönetime ilişkin kendi saptamalarına uymamış olsa bile, günümüzde yöntem tartışmalarının idare hukuku yazınında hiç rastlanılmadığı düşünülürse, 1933 tarihli bu saptamalar önem kazanmaktadır. “Mahdut bazı eserler istisna edilirse yirmi, yirmi beş sene evvele kadar, garpta ve memleketimizde neşredilen ‘Hukuku İdare’ler hemen umumiyetle, idare kanunlarının şerhlerinden ibaret kalmıştır. [*Buna günümüz Türkiye’sinde kitapları mahkeme kararlarıyla doldurma saplantısı eklenmiştir -OK*] Vakide, bu eserlerin amelî faydaları olduğunda şüphe edilemez. Fakat bu faydalara mukabil, bunlar ‘Hukuku İdare’nin ‘İdare kanunları mecmuundan ibaret olduğu’ zehabını vermiştir. Halbuki, Hukuku İdare,

kanunlar mecmuu değil, ‘İdarî hâdiseleri birbirlerine bağlayan münasebetleri anlatan ve bu hâdiselerin doğum tarzlarını teşrih ile müşterek esasları meydana çıkaran bir ilimdir.’ İdareye klavuz olan işte bu umumî esaslardır. ... İlimde büyük güçlüklerden biri, gördüğümüz hâdiselerin göremediğimiz sebeplerini araştırmaktır. Hâdiseler iştirak ettikleri sebeplerle -halkalarını birbirinden ayırmak kabil olmıyan- ince bir zencir teşkil eder. Bir ilim adamının vazifesi, bu bağları araştırarak müşterek esasları bulabilmektir (s.3).”

Kamu hizmeti kavramının Türk kamu hukukunda gelişimine, o yıllarda Türkiye’de görev yapan Fransız hukukçu Crozat’nın da katkısı olmuştur.

1930’lu yıllarda İstanbul Üniversitesi’nde görev yapan Charles Crozat, Türk idare hukukunun oluşumuna verdiği konferanslarla önemli katkıda bulunmuştur. Kamu hizmeti anlayışının ve Fransız idare hukukunun Türkiye’ye etkisinde Crozat’nın aktarıcı rolü küçümsenemez.

1937 yılında verdiği “Âmme Hizmeti Mefhumu”²⁵⁷ başlıklı konferansında, Crozat yasakoyucunun kurucu iradesine mutlak değer atfetmektedir: “...tabiatı iktizası olarak âmme hizmeti addedilmesi icap eden bir hizmet mevcut olmadığı fikrindeyiz. Hiçbir kıstasla ve hiçbir şartla bağlı bulunmayan vazı kanun tarafından muayyen bir zamanda lüzumlu görülen her şey âmme hizmeti derecesine çıkarılabilir (s.6).”

Crozat’ya göre, kamu hizmetlerinin kurulması tamamen siyasi takdire aittir. “Âmme hizmetlerinin ihdası, hususi faaliyetlerin yokluğu ve kifayetsizliği hallerinde hükûmetlerin âmme ihtiyaçlarını karşılamaları mecburiyetine istinat ettiğinden tamamiyle siyasi bir iştir (s.7).”

Crozat’nın bu saptamalarında, daha sonraki yıllarda Türk idare hukuku öğretisine hakim olan “yasakoyucunun iradesi” anlayışı ile “piyasa yetersizliği” görüşünü görebiliriz.

²⁵⁷ Charles Crozat, **Âmme Hizmeti Mefhumu**, Ankara, Hukuk İlmi Yayma Konferanslar Serisi 32, 1938

Crozat sunuşunda Jèze'in, kamu hizmetlerini "hukuki bir yöntem" olarak tanımlamasını aktarmaktadır. Tanıma göre, sadece "yönetenlerin kamu hizmeti usulüyle karşılamaya karar verdikleri ortak ihtiyaçlar kamu hizmetidir."

Crozat herhangi bir gerekçelendirmeye başvurmaksızın Jèze'in bu görüşünü Türkiye'ye teşmil etmekte ve Fransız Türk kamu hizmetleri sisteminin ortak olduğunu belirtmektedir: "...Fransa ve Türkiye'ye gelince buralarda âmme kudretinin karşılamaya karar verdiği ihtiyaç eğer âmme hizmet usulleri ile temin ediliyorsa ancak o zaman âmme hizmeti vardır diyebiliriz. Müşterek olan Türk ve Fransız âmme hizmetleri sistemine göre âmme hizmetleri prensip itibarıyla hususi bir rejime tabidir. Buna âmme hukuku rejimi diyoruz (s.8)."

Crozat tarafından, Jèze'in ortak ihtiyaçların karşılanmasında yönetenlerin, kamu hizmeti yöntemleri ile özel yöntemler arasında seçim yapma serbestisi bulunduğu görüşü de aktarılmaktadır: "İdare makamlarının idare hususunda bir nevi hıyâr (*bir işi yapıp yapmamakta serbestlik -OK*) hakları olduğu malûmdur. İdare makamları bu hıyâr hakkına istinaden âmme idaresini kabul ettikleri takdirde ortada âmme hizmetleri vardır. Hususi idareyi kabul ettikleri zaman ise ortada bir âmme hizmeti yoktur diyebiliriz. 'Hizmet mefhumu enfüsidir (*öznel -OK*)' sözile bu hakkı hıyâr kastedilmek istenmektedir. Bu mefhum hizmeti teşkil edecek otoritenin niyetine tâbidir (s.9)."

Jèze'in görüşlerinin Türkiye'de yapılan bir özeti niteliğinde bu sunuş Türk idare hukuku literatürünün oluşumunda etkili olmuştur.

Crozat 1937 yılında da Fransız Devlet Şurası içtihatlarını anlatan "Fransız Devlet Şurasının Son İçtihat Temayülleri"²⁵⁸ konulu bir konferans vermiştir. Konferans'ta Fransız idare hukukunun o gün için genel bir panoramasını çizmiş, Fransız Devlet Şurası kararlarına nasıl ulaşılacağını, hükümet komiserlerinin ve öğretinin görüşlerinin önemini anlatmıştır. Crozat bu konferansında da Fransız idare hukuku ile Türk idare hukukunun bağlantılı olduğunu vurgulamıştır. "Türkiye

²⁵⁸ Charles Crozat, **Fransız Devlet Şurasının Son İçtihat Temayülleri**, Hukuk İlmi Yayma Kurumu Sayı 16, Ankara, 1937

Cumhuriyetinin Devlet Şurası ile bizimki arasında bilhassa onların teşkilâtına taallük eden sahada, muayyen bazı farkların meydana çıkarılabilmesine ve Türk hukukunda iki büyük kazaî faaliyet arasında salâhiyetin hududunu tayin etmek için hakikî bir ihtilâf mahkemesinin yoksuzluğunun kendisini hissettirmesine rağmen, bu iki memleketin yüksek idarî kaza müesseseleri arasında müşahabet ve münasebetler derindedir (s.35)." Crozat, "benzerlik" ve "ilişki" saptaması yaptıktan sonra, devletin iktisadi yaşama müdahalesiyle artan kamu hizmetleri nedeniyle dönüşüm geçiren Fransız idare hukukunun o dönemdeki temel içtihatlarını aktarmaktadır.

Sıddık Sami Onar'ın kamu hizmetleri anlayışını kabulüne gelince.

Sıddık Sami Onar'ın kamu hizmetleri anlayışını benimesemesi, 1938 tarihli **İdare Hukuku, I inci cilt, I.Kısım, Umumî Medhal** , eserinde gerçekleşmiştir.

Bundan önce Onar'ın 1936 tarihli **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**,²⁵⁹ adlı çalışmasında bu eğilimin izleri görülmektedir. Bu çalışmada Onar Hauriou'nun görüşlerinden mülhem, "idare âmme hizmetleri hukukudur. Âmme hizmetleri idare hukukunun gayesi, idare ve idareye ferdlerden ayrı ve fazla olarak tanıdığımız salâhiyet ve imtiyazlar bu gayenin birer vasıtasıdır (s.5)" saptamasını yapmaktadır. Bunun dışında eserdeki idare hukuku ve kamu hizmeti kavrayışı tamamıyla Jèze'in görüşlerinden aktarılmıştır. Cumhuriyetin modern devleti inşa çabalarıyla genişleyen faaliyetleri Onar'ı kamu hizmetleri anlayışına yakınlaştırmaktadır. "Bugünkü Türk idare hukuku, halkçı ve devletçi Türkiye Cümhuriyetinin ana prensiplerinden doğan âmme hizmetleri fikrine müstenittir (s.26)."

Onar, **İdare Hukuku, I inci cilt, I.Kısım, Umumî Medhal**²⁶⁰, çalışmasında Jèze'in etkisi altındadır. Onar, Jèze gibi, insan ihtiyaçlarını ikiye ayırarak işe başlamaktadır: Bireyler tarafından eşit ilişkilerle karşılanabilenler ve bireylerle onların ufak teşkilatlarının gücünü aşan kolektif umumi ihtiyaçlar. Devletin varlık

²⁵⁹ Sıddık Sami Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi 3, 1936

²⁶⁰ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukuku, I inci cilt, I.Kısım, Umumî Medhal**, 1938

nedeni de bu ihtiyaçların karşılanmasıdır. “Devlet umumi ihtiyaçları temin ve tatmin etmek ve cemiyetin iyiliğine çalışmak için kurulmuş bir vasıttan başka birşey değildir.” Onar idare hukukunu da bu temel üzerine kurmaktadır. “İdare hukuku Devletin kollektif ihtiyaçları tatmin için vaki faaliyetlerinden ve fertlerin bu nevi ihtiyaçları bakımından devletle olan münasebetlerinden doğan bir hukuk branşıdır (s.3).”

Onar’da kamu hizmeti anlayışımızın iki ayağı da yani piyasa yetersizliği ve yasakoyucunun iradesinin belirleyiciliği tam olarak bulunmaktadır.

Nelerin kamu hizmeti olduğu konusunda yasakoyucunun mutlak rolünü tanıması da Jze’in görüşlerinin aynıdır. Devlet piyasanın yedeği olarak devrededir. Devletin hangi durumlarda devreye gireceği yine devletin takdirindedir. İdare hukukları hukukun dışında olan bu mevzuu ile ilgilenemezler. “Umumi bakımdan; bir ihtiyaç kolektif mahiyet aldığı, hususi teşebbüs ve vasıtalar bu ihtiyacı temine kafi gelmediği zaman, bu ihtiyacı karşılayacak faaliyetlerin başarılması; umumun menfaatine ve iyiliğine hizmetle mükellef olan devlet için bir vazife olur ve bu itibarla devletin müdahalesi zaruret kesbeder. Fakat fertlerin hangi nevi ihtiyaçlarını bu mahiyeti almış olduğunun tayini kolay bir şey değildir. ... Bu noktalar hukuki ve teknik bir mesele olmaktan ziyade siyasi bir meseledir; bu itibarla Devletin müdahale ve faaliyet sahasının tesbit ve tayini hukuklardan ziyade teşrii organının salâhiyeti dahilindedir. Hukukların rolü kanun vâzının bu husustaki direktiflerinin tefsir ve tatbikinden ibarettir (s.4).”

Onar kamu hizmetlerinin kaynağını hukuk dışına taşımakla birlikte bunu incelemekten de vazgeçmemektedir. Kitabına devletin vazifeleri ve faaliyet sahasını inceleyerek başlamaktadır. Onar, devlet ve siyaset konularını idare hukukuna yabancı görmemektedir. “Devletin faaliyet ve müdahale sahasının genişlik derecesi ekonomi ve siyasetin en mühim meselesi olduğu gibi, idare hukukunun tatbik sahası hakkında fikir edinebilmek için bu meseleyi gerek nazariye gerekse tatbikat ve fiiliyat bakımından tetkik etmek faydalıdır (s.10).”

Onar, Bonard’dan mülhem olarak devlet faaliyetlerini e ayırmaktadır:

“1.Ferdi münasebet ve faaliyetlerin tanzimi. 2. Hususi faaliyetlerin teşvik ve murakabesi. 3. Ferdi faaliyetler yerine devlet faaliyetlerinin ikamesi (s.5, vd.).”²⁶¹

Yine Bonnard’ın görüşlerini²⁶² takip ederek devletin faaliyet sahasına ilişkin liberal ve müdahaleci olmak üzere iki görüş saptamakta; üç devlet faaliyetinin bu görüşlerde ne kapsamda yer aldığını ele almakta ve “bu temayülleri mutlak ve umumi sebeplere irca etmeğe çalışmaktan ziyade zamanın ve mekânın hususiyetleri ile izah etmek daha doğru olur (s.23)” sonucuna vararak Türkiye’nin benimsediği devletçilik sistemini ele almaktadır.

Eserde kamu hizmetleri tarihsel bir kavrayışla ele alınmaktadır. “(Ortak ihtiyaçların) şiddet ve ehemmiyeti zamana, cemiyetin bulunduğu vaziyete ve tekâmül safhasına göre değişir; dün ehemmiyetsiz, ferdî mahiyette olan bir ihtiyaç, cemiyetin vardığı tekâmül derecesi itibarile umumi bir ihtiyaç halini alır; hatta bir mıntıkada süs mahiyetinde sayılan ve ferdî bir istek derecesinde kalan bir ihtiyaç, diğer bir mıntıkada şiddetli bir kolektif ihtiyaç derecesine çıkabilir; mesela elektrik ihtiyacı bir zamanlar bir süs sayılabilirdi. ... (s.2)”

Onar ihtiyaçların tarihiliğinin yanısıra ortak ihtiyaçların karşılanması yöntemlerinin tarihiliğini de saptamaktadır. “Bu ihtiyaçların başarılması için girişilecek münasebetlerin mahiyeti de zamana, muhite, cemiyetin bünyesine göre değişir. ... İhtiyaçlar umumileştikçe ve bunların başarılması daha kuvvetli maddi vasıtalarla, teknik bilgilere, kudrete dayandıkça ferdî teşebbüslerin yerine teşkilât, hususî münasebetlerin yerine ayrı kaidelere tâbi, başka mahiyette münasebetler kaim olmaya başlar (s.2).”

Onar’da kamu hizmetleri konusu, devletin işlevleri bağlamından koparılmadan ele alınmaya çalışılmıştır. Onar kamu hizmetlerinin bağlamını, kitabının planını da içerir şekilde açıklamaktadır. “Âmme hizmetlerini tahlil ettiğimiz zaman başta

²⁶¹ Ayrım atıf verilmeden Bonnard’dan aktarılmaktadır. Bonnard, **Précis de Droit Administratif**, s.12; Bonnard, “Notions générales sur les attributions et les fonctions de l’État et sur les services publics”, s.6-10

²⁶² Bonnard, “Notions générales sur les attributions et les fonctions de l’État et sur les services publics”, s.11-23

Devletin fonksiyonlarile alâkadar bir hizmet ve bundan sonra da âmme hukuku usulleri dairesinde vucuda getirilmiş bir teşkilat; bu teşkilat vasıtası olan ve yine âmme hukuku kaidelerine tâbi bulunan birtakım eşhas, eşya ve gelir kaynakları ve nihayet müsavi şartlar altında umuma arzedilen devamlı ve müstakar ve yine âmme hukuku usul ve kaidelerine tâbi birtakım faaliyetler görürüz (s.175).”

Kamu hizmetleri devletin fonksiyonlarının tümünü ifade etmez (s.174). Kamu hizmetleri, “devletin fonksiyonları içinde ayrı bir kategori teşkil eden ve hususi bir mahiyet arz eder (s.181).” Onar Jèze’in görüşlerini paylaşarak kamu hizmetlerinin kamu hukuku usulleriyle görülen devlet hizmetleri olduğunu savunmaktadır. Onar’ın idare hukukunun konusuna ilişkin tanımı kamu hizmetleri tanımını da içermektedir. “İdare hukukunun mevzuu; âmme ihtiyaçlarının tatmini ve âmme menfaatının temini maksadile, âmme kudreti ve âmme hukukundan mütevellit salahiyet ve imtiyazlar kullanarak, yani hususi hukuktakinden ayrı bir usul tatbik edilerek görülen hizmetler, diğer tâbirle âmme hizmetleridir (s.187).”

Onar’ın kamu hizmetlerini devletin işlevleri bağlamına yerleştirerek ele alması, devlete üç temel işlev atfetmesi, liberal ve müdahaleci sistemlerde bunların gerçekleşme biçimlerini incelemesi ve kamu hizmetlerinin, zaman ve mekan ötesi “doğalcı” yaklaşımı benimsemeyerek tarihi niteliğini vurgulaması önemli bir yönlemsel katkıdır. Ancak bütün bunları yaptıktan sonra konuyu “devletin müdahale ve faaliyet sahasının tesbit ve tayini hukukçulardan ziyade teşrii organının salâhiyeti dahilindedir. Hukukçuların rolü kanun vâzının bu husustaki direktiflerinin tefsir ve tatbikinden ibarettir” yargısıyla bağlaması sözkonusu yönlemsel katkının sonuçlarını doğurmasını engellemiştir. Nitekim günümüz idare hukuku yazınında benzer bir yönleme hiç rastlanmıyor oluşu Onar’ın bu anlamda bir etki yaratmadığını göstermektedir.

Ders kitabı olarak kullanılan idare hukukuna ilişkin bu belli başlı eserlerin yanısıra, 1930 ile 1940 yılları arasında Türk idare hukukunun kuruluşuna etki eden çeviriler ve esas olarak yabancı kaynakların derlenip aktarılması şeklinde olan telif eserler yayınlandığı görülmektedir.

Telif eserleri de bulunan Mülkiye Mektebi Hukuku İdare Hocası İbrahim Âli, Louis Rolland'ın idare hukuku kitabının çevirisini 1933 yılında Hukuku İdare adıyla yayınlamıştır.²⁶³ Jèze'in "Duguit'nin İdare Hukuku Üzerindeki Tesiri" yazısı 1935 yılında Türkçeye kazandırılmıştır.²⁶⁴ Tunaya'nın Duguit'nin kamu hizmeti anlayışını ele aldığı "Duguit Bakımından Âmme Hizmeti" yazısı 1940 yılında yayınlanmıştır.²⁶⁵ 1954 yılında Leon Duguit'nin **Kamu Hukuku Dersleri** kitabı Süheyp Derbil çevirisiyle yayımlanmıştır.²⁶⁶ 1950 yılına ait, Süheyp Derbil'in "Kamu Hizmeti Nedir?" yazısı²⁶⁷ ve Salih Tanyeri'nin 1958 yılına ait "Türk ve Fransız İdare Hukukunda Âmme Hizmeti Mefhumu"²⁶⁸ yazıları Fransız öğretilerinde tartışmaları özetlemektedir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Kamu hizmeti okulu anlayışı Türkiye'de çeviriyle kurulmuş, bunu ilk yapan da Sıddık Sami Onar olmamıştır.

B. Kamu Hizmeti Hukuksal Gelişiminin Hukuk Ötesi Bağlamı

Kamu hizmeti kavramının Fransa'daki gelişim tarihini ve hukuki kavramın Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş aşamasında idare hukukçuları tarafından sahiplenilmesini yukarıda ele almaya çalıştık.

Bu başlıkta, kamu hizmetinin idare hukukunda hukuki bir kavram olarak kullanılışından farklı olarak, toplumsal yapıda gerçekleşme biçimlerini ele almaya çalışacağız. Kavramın idare hukukunda kullanılışının ve içeriklenmesinin varlık nedeni, toplumsal yapıdaki gerçekleşme biçimi olduğundan, "kamu hizmeti hukuksal

²⁶³ Louis Rolland, **Hukuku İdare (Terceme Eden İbrahim Âli)**, İstanbul, 1933

²⁶⁴ Gaston Jèze, "Duguit'nin İdare Hukuku Üzerindeki Tesiri" (Çev. Hasan Şükrü Adal), **SİM.**, Siyasi İlimler Mecmuası, sy. 52, 1935, s.28.37

²⁶⁵ Tarık Zafer Tunaya, "Duguit Bakımından Âmme Hizmeti", **Yurd** 1940/I, s.15-17

²⁶⁶ Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, Çeviren Süheyp Derbil, Ankara 1954

²⁶⁷ Süheyp Derbil, "Kamu Hizmeti Nedir?", **AÜHF**, c.VII, sy.3-4, 1950, s.29

²⁶⁸ Salih Tanyeri, "Türk ve Fransız İdare Hukukunda Âmme Hizmeti Mefhumu", **TİD.**, sy.50, 1958, s.59

gelişiminin hukuk ötesi bağlamı” başlığını kullanmayı tercih ettik. Buradaki “ötelik”, hukuka yabancı olmaktan ziyade, hukukçuya yabancı olan bir alanı ifade etmektedir.

Fransız hukukundaki gelişmeyi anlatırken az da olsa genel tarihsel gelişmeye değindiğimizden burada sadece Osmanlı-Türk tarihsel gelişimine ilişkin açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır.

1. Osmanlı Klasik Dönemi

Osmanlı’da kamu hizmetleri, Osmanlı toprak sisteminden bağımsız değildir. Devlet, toplumla ilişkilerini askeri nitelikteki toprak rejimi aracılığıyla kurmuştur.

Osmanlı’da düzen ve güvenlik sağlama hizmetleri, ülke genelinde, merkezin topladığı vergilerle merkezce finanse edilen ve doğrudan merkezce kontrol edilen bir örgütlenmeyle karşılanmamakta, o dönem için baskın üretim olan tarımla iç içe geçirilmiş bir sistemle yerine getirilmektedir. Bu sisteme göre, toprakların önemli bir bölümünü oluşturan, çıplak mülkiyetin (rakabe) devlete, kullanma ve yararlanma hakkının bireylere ait olduğu miri arazinin işletilmesi çiftçilere bırakılmıştır. Çiftçilerle devlet arasında, devletin onda birlik öşrü ile ferağ ve intikal harçlarını toplama hakkını verdiği görevli bulunmaktadır. Bu kişi, bölgesinde düzen ve güvenliği sağlamakla ve bölgesi ve gelirinin genişliğiyle orantılı sayıda tam teçhizatlı askerleri hazır bulundurmakla yükümlüdür. Tımar olarak adlandırılan bu sistem, “en geniş anlamıyla, belirli bir yere ait vergi gelirlerinin tümünün veya bir kısmının, dirlik olarak havale yoluyla bir görevliye devri ve bu devir karşılığında da bazı hizmetlerin ona yüklendiği; mali, idari, askeri amaçları olan bir sistemdir. ... Gerek teknolojik kontrol araçları, gerekse bürokrasinin nicel ve nitel yetersizliği ve henüz para ekonomisine geçilmemesinden ötürü geleneksel devlet mali, idari, askeri görevleri bir temsilcisine devretmek zorundadır.”²⁶⁹ Tımar sistemini açıklayıcı bir unsur olarak Ortaylı, devletin kamu görevlerini yerine getirecek merkeziyetçi bir idaresinin bulunmayışını da eklemektedir.

²⁶⁹ Ortaylı, *Türkiye İdare Tarihi*, s.91-92

Onar'ın saptamasıyla, "Osmanlı İmparatorluğunun idarî teşkilâtında âmme hizmetleri mefhumu yer bulamamıştır. Bu teşkilât daha ziyade askerî esaslara müstenittir. ... Devlet vazifeleri âmme hizmetlerinden ziyade haricî siyasetin görülmesinden ve askerî hususlardan bir de asayiş ve inzibatın imkân nispetinde temininden, tımar ve zeamet erbabından devletin beklediği karşılık ta harplere asker hazırlamaktan ibarettir. İctimaî yardım işlerinin hattâ nafia işlerinin hususî teşebbüslere ve bilhassa vakıflara bırakıldığı, bazı işlerin ise avarızı vergiler ile temin edildiği görülür."²⁷⁰

Osmanlı'da, yerel birimlerde hizmet verme konusunda devlet, doğrudan sadece düzen ve adaleti sağlama işlevini yerine getirmekteydi. Şehirlerde kadınlar, özel girişimleri ve faaliyetleri denetlemek, uyuşmazlıkları çözmek, üst fiyat sınırı koyarak, satılan malların niteliğini denetleyerek vs. piyasanın işleyiş düzenini sağlamak işlevini yerine getiriyordu.²⁷¹ "Osmanlı şehrinin en yüksek yöneticisi olan kadı şehirde sadece yargıç değil; aynı zamanda idari, mali, beledi fonksiyonları olan bir memurdur. ... Kadı şehrin yargı mercii olduğu kadar, asayişin amiri, vakıfların denetçisi, beledi hizmet ve beledi kolluk görevlerinin amiridir."²⁷²

Devletin adalet ve düzen sağlama hizmeti dışında, doğrudan piyasaya girerek kimi toplumsal ihtiyaçları karşılamaya yönelik faaliyeti bulunmamaktaydı

İmparatorlukta kamu hizmeti "kavramının" gelişmediğini saptayan Onar, ancak bugün kamu hizmeti olarak karşılanan bazı toplumsal ihtiyaçların farklı biçimlerle Osmanlı'da da yerine getirildiğini belirtmektedir. Onar'a göre, "bugün âmme hizmetlerinin ve bunları gören müesseselerin bir çokları Osmanlı İmparatorluğunda görülmekte idi; meselâ maarif müesseseleri, üniversiteler, sağlık müesseseleri, sosyal

²⁷⁰ Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, s.7-8; Avarız vergileri, olağanüstü durumlarda konan ve kanunnamelerde yer almayan vergilerdir. Ancak "bu olağanüstü zaman vergileri (harb hali) zamanla olağan devir hiç yaşanmadığından süreklilik kazanmıştır. ... Özellikle tımar sistemi bozulup tımarlı ordudan beklenen işlemler yerine gelmemeye başlayınca, bu tip vergi ve yükümlülükler çok artmıştır." Ortaylı, **Türkiye İdare Tarihi**, s.106

²⁷¹ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.662

²⁷² Ortaylı, **Türkiye İdare Tarihi**, s.196-7

yardım müesseseleri, nafia işleri ve müesseseleri Osmanlı İmparatorluğunda mevcuttu."²⁷³ Onar'ın modern çağın bir kavramı olan "kamu hizmeti"nin, Osmanlı'da aramaya çalışması çağışımsal bir yöntemdir. Kamu hizmeti kavramının Osmanlı'da bulunmayacağı açıktır; ancak, Osmanlı'da da ortak toplumsal ihtiyaçları karşılayacak faaliyetlerin gerek devlet tarafından gerekse, bireyler tarafından, ekonominin genel işleyiş kurallarından belirli oranda bağışık bir şekilde yerine getirildiği bir başka gerçektir. Osmanlı'da modern kamu hizmeti kavramı elbette yoktur ancak ortak toplumsal ihtiyaçları karşılayacak bir işlevin bulunmadığını düşünmek de mümkün değildir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda toplumsal ortak ihtiyaçların karşılanması esas olarak devlet tarafından yerine getirilmemiş "devlet hizmetleri" sınırlı kalmıştır. Bu ihtiyaçların karşılanması farklı bir şekilde örgütlenmiştir. Örneğin, şehirlerde beledi hizmetlerin yerine getirilmesinden kadı sorumlu kılınmış ancak bu hizmetler bizzat kadıya bağlı bir devlet teşkilatıyla yerine getirilmemiştir. Bazı beledi hizmetlerin yerine getirilmesinde esnaf loncaları kullanılmıştır. Bu faaliyetler saf özel faaliyet değildir, giderler, avarız vergilerinden karşılanmaktadır. Ortaylı'nın saptığına göre, "esnaf kethüdaları; çarşının temizliği, çarşı dahilindeki yol, çeşme, su yolu gibi tesislerin bakım ve onarımı ve bedelinin kendi avarız sandıklarından sağlanmasına nezaret ederlerdi."²⁷⁴

Devletin siyasi işlevine dahil olmayan, toplumsal ortak ihtiyaçların karşılanmasına yönelik alanlar, esas olarak bireylerin kurdukları vakıflar tarafından doldurulmuştur. "Osmanlı İmparatorluğunda, bugün devletin gördüğü pek çok hizmeti vakıflar yüklenmiştir. Kent yaşamının kaçınılmaz öğeleri olan okul, hastane, hamam, kitaplık, imarethane gibi yapıların kuruluşu ve işletilmesi hep vakıf kurumu

²⁷³ Sıddık Sami Onar, "İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdarî ve Hukukî Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu", **Tahir Taner'e Armağan**, İstanbul, 1956, s.264

²⁷⁴ Ortaylı, **Türkiye İdare Tarihi**, s.201

içindedir."²⁷⁵ "Osmanlı kentlerinde esasen su yolu (lağım), çeşme, hamam gibi bir çok müesseseler vakıf olarak meydana getirilmişti. Vakfın servetlerin emniyeti bakımından gerekli müessese olması bunda rol oynamıştır. Diğer yandan geleneksel devlet, sosyal yardım kurumlarını yaratıp yönetecek güçten yoksun olduğundan, bu fonksiyon hayırseverlik adına şahısların veya grupların girişimleri sayesinde yerine getirilmiştir."²⁷⁶ Örneğin eğitim vakıf kurumu çerçevesinde örgütlenmiştir.²⁷⁷

Osmanlı'da ortak ihtiyaçların karşılanması sistemini, şehirler özelinde değerlendiren Ortaylı'ya göre, "geleneksel şehir yönetimi birtakım hizmetleri aktif olarak yerine getirecek güce sahip değildir. Örneğin, su kanalizasyon gibi bazı özel tesisler vakıflar tarafından yönetilip bakıldığı gibi, temizlik ve itfaiye hizmeti de bazı gruplar ve halk tarafından yerine getirilir, çarşı temizliği çarşı esnafınca, mahalle aralarının temizliği de arayıcı esnafı tarafından sağlanırdı. ... Meydanların temizliği subaşı tarafından yeniçeri acemi oğlanlarına yaptırılırdı. Gene itfaiye görevi de bunlara ve bizzat halkın kendisine aittir. Bu durumdan da anlaşılacağı üzere, beledi görevler ahalinin ve resmi görevlilerinin işbirliğiyle yerine getirilmekte olup yapıcı ve aktif hizmetler bütününden çok, kontrolcü ve yaptırımcı bir idare ve organizasyon sözkonusudur."²⁷⁸

Kanımızca bunlar tam anlamıyla özel alanda gerçekleşen devletten bağımsız faaliyetler değildir ve günümüzdeki anlamıyla da bir kamu hizmeti teşkil etmezler. Onar, bunların "bugünkü mana ve ölçüde birer âmme hizmeti teşkilâtı haline geldiği" saptaması yapmaktadır.²⁷⁹ Ancak aynı yerde kendisinin de belirttiği gibi "padişahlar bugün Devlet vazifelerinden olan su tesisatı, köprü ve saire gibi bayındırlık eserlerini Devlet reisi sıfatıyla değil hayırsever bir fert olarak vakıf suretiyle vücuda

²⁷⁵ Coşkun Üçok, Ahmet Mumucu, **Türk Hukuk Tarihi**, Ankara, 6.B., Savaş Yayınları, 1987, s.269; "İmarat, vakıf olarak kurulan, aşhane, okul (medrese), hastahane, yetimhane ve bazı gelir getiren dükkanların bir cami etrafında toplanmasıyla meydana gelen üniteler." Ortaylı, **Türkiye İdare Tarihi**, s.223

²⁷⁶ Ortaylı, **Türkiye İdare Tarihi**, s.224

²⁷⁷ Timur, **Toplumsal Değişme ve Üniversiteler**, s.44-47

²⁷⁸ Ortaylı, **Türkiye İdare Tarihi**, s.203

getirmişlerdir." Vakıflar aracılığıyla yerine getirilen bu hizmetler, kişilerin iradesinin üzerinde rasyonel bir örgütlenmenin faaliyetleri değildir. Sadece amaç ve sonuç açısından bakarsak, toplumsal ihtiyaçların kamusal ve yarı kamusal örgütlenmelerle karşılanması amacının vakıflar aracılığıyla gerçekleştirilmeye çalışılması bir kamu hizmetidir.

Vakıf uygulaması eğitim, bayındırlık ve sosyal yardım gibi toplumsal ihtiyaçların devletin işlevleri arasına girmeden karşılanmasının bir örneği olarak değerlendirilmektedir. Buna göre toplum, önemli gördüğü ihtiyaç alanlarında vakıflar kurarak, toplumsal ihtiyaçları devletin faaliyete geçmesine gerek kalmadan karşılamaktadır. Ancak kanımızca İslam hukukunda ve Osmanlı uygulamasında vakıfların tam anlamıyla sivil-özel alanının kurumları olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Vakıfların faaliyetleri ve malları, karşıladıkları ihtiyacın gerekleri doğrultusunda, piyasanın/özel alanın işleyiş kurallarından önemli ölçüde bağımsız kılınmıştır. İlk olarak vakfedilen malın mülkiyeti Allah'a geçer (yani özel mülkiyet ortadan kalkar). Hem vakfın konusu olan faaliyetin gerçekleştirilmesinde doğrudan kullanılan binalar, çeşmeler, su tesisatları camiler gibi mallar hem de vakfın amacını gerçekleştirmek için gereken geliri karşılamak üzere vakfedilen han, dükkan, apartman gibi mallar özel mülkiyetten çıkar, alım satıma, ipoteye konu olamazlar. Bu mallar artık özel alanda gerçekleşen dolaşım içinde değildirler. İkinci olarak büyük girişimi gerektiren hizmetleri gören vakıflar sultan vakıflarıdır. "Büyük üniversiteler, hastaneler, su tesisatları, köprüler, camiler hükümdar ve hükümdar sülâlesi tarafından tesis edilen zengin vakıflarla kurulmuşlardır."²⁸⁰ Onar'ın tespitiyle bu özellik vakıfların "sadece bir hususî hukuk müessesesi mahiyetinden çıkarak zamanla devlet teşkilâtı ve devlet fonksiyonları arasına da girmesini intaç etmiştir. Bilhassa hükümdarların ve hükümdar sülâlesinin meselâ bu aileye mensup kadınların kurdukları büyük vakıfların yüksek devlet memurları tarafından idaresi ve devlet makamları tarafından murakabesi, diğer büyük vakıflarda da devlet makamlarına

²⁷⁹ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.663

²⁸⁰ Onar, "İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından ...", s.280

teftiş ve murakabe hakkının tanınması bu procesus'le sağlanmıştır."²⁸¹ "Vakıfları kadi denetler. Özel yollarla gerçekleştirilen kamu hizmetleri, devletin denetimi altındadır. Fakat bu denetim, yalnız vakfın koşullarına uyulup uyulmadığı yönündendir. Yani, vakıfla görülen hizmetler doğrudan doğruya değil dolaylı denetim altındadır."²⁸² Vakıfların devletle olan bağlantısı, Onar'ın vakıfları "hizmet ademi merkeziyeti"nin tatbikine örnek olarak vermesinde de görülmektedir.²⁸³

Osmanlı'da Devlet görevlilerinin, yani askerilerin statüsünün niteliği, kamu hizmeti anlayışının gelişmemesinde önemli bir etmen olmuştur. "Osmanlı'da padişah'tan 'berat' alarak herhangi bir devlet hizmetine atananlar 'askeri' olurlardı. ... Askeri sınıf iki ayrı kategoriye bölünmüştür. Padişahın kulları olan ve eylemsel biçimde yönetim görevine katılan kimseler ve ulema. Devletin kuruluş zamanlarında ulema-ulema dışı askeri sınıf ayrımı göze çarpmaz. Fatih dönemine kadar, ulemanın belli başlı temsilcileri yönetim görevini üzerlerine almışlardır. Fakat Fatih döneminde yargı, din ve eğitim işleriyle uğraşan hizmetliler, yani ulema, devletin diğer hizmetleriyle görevlendirilmemişler ve askeri sınıf içinde ayrı bir kategori oluşturmuşlardır. Bunlar dışındaki yöneticiler de padişahın kulları sayılmışlardır"²⁸⁴. "Devşirme asıllı devlet adamları, padişahın kulları köleleridir. Padişah da kişisel köleleriyle devlet işlerini yürütür, kimse onun işine karışamaz; otoritesini de kölelerden kurulu düzenli ve sürekli kapı-kulu askerleriyle pekiştirir."²⁸⁵ "Padişah (efendi), kuluna (kölesine) belli bir görev vermiş ve bunu yürütebilmek için kulu gerekli yetkiyle donatmıştır. Kul, bu görevini yerine getirebilmek için gerekli mala mülke tasarruf edebilir; ama bu malların gerçek sahibi 'efendi'dir. Bu nedenle, ulema dışı askeriler öldükleri zaman, edindikleri mal padişaha geri verilir. II. Mahmut

²⁸¹ **Ibid**, s.281

²⁸² Üçok, Mumucu, **Türk Hukuk Tarihi**, s.269; XVIII. Yüzyılda kurulan Türk vakıflarının %64'nün yönetiminin doğrudan doğruya kadı'lara bağlı olduğu saptanmaktadır. Yusuf Halaçoğlu, **XIV-XV II. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilâtı ve Sosyal Yapı**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1991, s.143

²⁸³ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.714

²⁸⁴ Üçok, Mumucu, **Türk Hukuk Tarihi**, s.199-200

²⁸⁵ **Ibid.**, 1987, s.201

dönemine kadar süren bu yönetime 'müsadere' denil(-mektedir)."²⁸⁶ Müsadere kurumunun, islam devleti hükümdarlarına, devlete zararlı oldukları kanısına vardıkları kimseleri öldürtebilmelerini ifade eden siyaseten katl kurumuyla birleşmesi, yöneticiler üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmuştur. "Kulların padişah karşısında hiçbir güvenceye sahip olmamaları, mallarının ölünce müsadere, Türkiye'de 'kamu hizmeti' kavramının akılcı biçimde doğmasını engellemiştir."²⁸⁷

Osmanlı devlet görevlilerinin güvencesiz konumu, siyaseten katl ve müsadere kurumu, vakıf kurumunun gelişmesinde önemli rol oynamıştır.

Vakıf uygulamasının yaygınlaşmasının tek nedeni hayır işleme saiki değildir. "İslam hukukuna göre vakıf 'bir ayni Allah'ın mülkü hükmünde olmak ve menfaatleri halka (ibadullah) ait olmak üzere hapis ve tevkif etmektir.' Vakıf Allah'ın mülkü sayıldığı için kimse ona el uzatamaz. Hayır işleyenlerin çok kez vakfa başvurdukları görülmüştür. Çünkü özellikle devlet hizmetinde bulunmuş ve sonra da gözden düşmüş olan zengin kimselerin malları çok kez -Abbasiler zamanında ortaya çıkan bir usule uyularak- hükümdarın emri ile müsadere edilirdi. Halbuki böyle kimseler mallarının bir bölümünü veya hepsini vakfedince, o mallar Allah'ın mülkü sayıldığından artık hükümdar, Padişah bile ona el uzatamazdı. Bunun dışında vakıfların çok olmasına bir neden de, İslam miras hukukunun hükümlerinden kaçınmak isteyen kimselerin mallarını yakın hısımlarından, daha çok çocuklarından birine veya birkaçına vakfetmekle bu amaçlarına erişmiş olmalarında aranmak gerekir."²⁸⁸

Osmanlı'nın vakıflarla toplumsal ihtiyaçları karşılama uygulaması, doğal olarak, modern anlamda kamu hizmeti kavramının içinde değerlendirilemez. Her ne kadar, vakfedilen mallar, satılamazlık, devredilemezlik, amaç dışı kullanılamazlık gibi kayıtlamalarla piyasa ilişkilerinden bağışık kılınarak bir nevi kamusal niteliğe

²⁸⁶ **Ibid.**, s.202-203

²⁸⁷ **Ibid.**, s.204

²⁸⁸ **Ibid.**, s.117

kavuşturulmuş olsa da bu durum, padişahın iradesi dışında bir kamusalılık gelişmediği gerçeğini değiştirmemektedir.

2. Osmanlı Modernleşmesi

Osmanlı reform dönemini 1789'da III. Selim'in tahta çıkmasıyla başlatmak mümkündür. Ancak III.Selimin girişiminin, Nizam-ı Cedit girişimiyle sınırlı kaldığı ve bu dönemin geleneksel "ıslahat" çabalarının çerçevesini aşmadığı kabul edilmektedir. Dönemin önemli bir yönü, reform çabalarında Fransa etkisinin başlamasıdır.²⁸⁹

II. Mahmut dönemiyle (1808) başlayan reform, devletin faaliyet sahasının genişlemesine tanıklık eder. Başta askerlik ve eğitim olmak üzere, devlet birçok alanda reform faaliyetine girişmiş; devlet hizmetleri yayılmaya başlamıştır. Fransa örneğine göre belediye ve il özel idaresi gibi mahalli idareler kurularak bunlara da bazı idari hizmetler yüklenmiştir. Fakat bütün Osmanlı dönemi boyunca idari hizmetler sınırlı ve yetersiz kalmakta devam etmiştir.²⁹⁰

II. Mahmut devrinde, devletin işlevlerinin çoğalması ve bir idari işlevin ortaya çıkmaya başlamasıyla bakanlıklar oluşturulmuş bunlar arasında bir işbölümü yapılmış ve hatta bir dönem sadrazamlık görevi Başvekile çevrilmiştir. "1809'dan itibaren artık Avrupa ve bilhassa Fransadaki şekilde bir hükûmet ve idare teşkilâtı meydana çıktığından İslâmî devrede hükûmet işleri arasında görülmeyen maarif, nafia, ziraat, ticaret gibi fonksiyonların da hükûmet ve idare fonksiyonu arasına girdiği ... görülür".²⁹¹ "Bu devirde evvelce Devletin alâkalanmadığı ticaret ve nafia işleri de devlet faaliyetleri arasında görünmeye başlamış ve teşkilât, bu işlerle uğraşacak makamlar da ihdas olunmuştur."²⁹²

²⁸⁹ Zürcher, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s.39-40; Sina Akşin, (Ed.), **Türkiye Tarihi 3, Osmanlı Devleti 1600-1908**, 4.B., İstanbul, Cem Yayınevi, 1985, s.77-83

²⁹⁰ Metin Kırıatlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, TODAİE Yayınları, Ankara 1973, s.3-4

²⁹¹ Onar, "İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından ...", s.292

²⁹² Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.695

Tanzimat döneminde, eskiden vakıfların gördüğü hizmetlerin bir çoğu yeni kurulan nezaletlerce yerine getirilmeye çalışılmıştır. Ayrı bir nezalet halini alan vakıflar teşkilatının rolü ise varolanları koruma ve yönetmekle sınırlı kalmış ve dini yön ağır basmaya başlamıştır.²⁹³

"Bu devirde, idarî faaliyetler, âmme hizmeti sahası daha da genişlemiştir: posta işleri, nüfus yazımı, karantina işleri gibi evvelce Devlet faaliyetlerinin tamamen dışında kalan birtakım işler de bu faaliyetlerin arasında girmiş ve artık Devlet ticaret, ziraat, nafia, maarif işleri gibi faaliyetleri de üzerine almış ve dediğimiz gibi, Osmanlı İmparatorluğunda Devlet teşkilâtı içinde bir idare teşkilâtı ve fonksiyonu fikri bu devirde daha kuvvetli belirmiştir."²⁹⁴

Klasik Osmanlı toprak sistemi hukuken geçerliliğini sürdürmesine karşın fiilen ortandan kalkmış; tımar ve zeamet sahiplerinin görevleri askeri ve mülki memurlara bırakılmış; memurlara devlet hazinesinden maaş verilmeye başlanmış ve askeri teşkilat Avrupa usullerine göre yenilenmeye çalışılmıştır.²⁹⁵

İslahat hareketleriyle birlikte, askerlik alanı dışında, devlet hizmetlerindeki başlıca gelişmeler ana çizgileriyle şöyle özetlenebilir: III. Selim döneminde, İstanbul'un ihtiyacı için zahire toplama, saklamak ve dağıtmak işi devlet eline alınmış ve bu amaçla bir Hububat Nazırlığı kurulmuştur. II. Mahmut döneminde, nüfus sayımı ve yazımı yapılmış, posta, pasaport ve karantina hizmetleri kurulmuş, çeşitli okullar ve bu arada devlet memurları yetiştirmek için Mekteb-i Maarif-i Adli, Harbiye ve Tıbbiye açılmıştır. Tanzimat'ta Abdülmecit döneminde, Kız rüştiyesi, Darülmâarif, Darülmuaallimin, Mülkiye Mektebi, Telgraf Mektebi, Ebe Mektebi gibi okullar açılmış, ilk ve orta öğretime bakmak için Mekatib-i Umumiye Nezareti kurulmuştur. Tarım alanında tarım anketi yapılmış, Ziraat Nezareti kurulmuştur. Sanayi alanında fes, iplik, kumaş ve kağıt fabrikaları kurulmuştur. Abdülaziz döneminde, İdadiler, Galatasaray Sultanisi, Lisan Mektebi, mektebi Mülkiye-i

²⁹³ Onar, "İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından ...", s.291

²⁹⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.697

²⁹⁵ Onar, "İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından ...", s.293

Tıbbiye, Kaptan ve Çarkçı Mektebi, Kız Öğretmen Okulu, Kız ve Erkek Sanayi Mektepleri açılmış, çıkarılan Asar-ı Atika Nizamnamesi ile ülkenin arkeolojik eserleri korunmaya çalışılmıştır. İktisadi alanda tütün tekeli kurulmuş, tarımı ve küçük esnafı korumaya yönelik çeşitli tedbirler alınmış; Mudanya-Bursa, Haydarpaşa-İzmit, Kasaba-Alaşehir demiryolları yapılmıştır. Yargı alanında Şurayı Devlet ve nizamiye mahkemeleri kurulmuştur. I. Meşrutiyet döneminde Maliye, Hukuk, Ticaret, Sanayi-i Nefise, Mülkiye Baytar, Polis, Gümrük ve Eczacı Mektepleri gibi yeni okullar açılmıştır. Orman genel müdürlüğü kurulmuş, devlet eliyle Hicaz demiryolları yapılmış, yol yapımı için çalışma yükümlülükleri konmuştur. II. Meşrutiyet döneminde İstanbul'da itfaiye, sokak temizliği, kanalizasyon gibi beledî hizmetlerin geliştirilmesi sağlanmış, polis ve jandarma gibi güvenlik kuruluşlarında iyileştirme girişimleri gerçekleştirilmiştir.²⁹⁶

Osmanlı modernleşme çabaları içinde sınırlı da olsa bir sanayileşme görülmektedir. 1840'lı yıllarda, bilinçli ve programlı bir sanayileşme çabasından ziyade, özellikle ordunun ve diğer kamu çalışanlarının gereksinimlerini karşılamak üzere bir dizi fabrika (Bakırköy iplik ve dokuma, Beykoz ayakkabı, Tophane top ve tüfek, İnceköy cam) kurulmuştur. Tarımı desteklemek üzere 1863 yılında kurulan memleket sandıkları 1888 yılında Ziraat Bankası'na dönüştürülerek çiftçiye kredi sağlama işlevini üstlenmiştir. Gıda, porselen, deri ve özellikle dokuma alanında görülen Osmanlı kamu girişimleri hem sayıca hem etkinlik bakımından yeterli değildir. Demiryolu yapımı gibi büyük altyapı ile madencilik alanlarında yabancı sermaye faaliyet göstermektedir.²⁹⁷

Cumhuriyetin izlediği yerli sanayi yaratma politikasının ilk denemesi II.Meşruiyet döneminde yapılmıştır.²⁹⁸ Bu anlamda Osmanlı reform çabalarıyla

²⁹⁶ Enver Ziya Karal'ın, **Osmanlı Tarihi cilt 5**, 1947'den derleyen Kırıatlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, s.3/dn7

²⁹⁷ Yakup Kepenek, **Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, 2.B., İstanbul, Gerçek Yayınları, 1993, s.18-19

²⁹⁸ “İmparatorluğun son yıllarında yerli sanayii geliştirme çabaları görülüyor. 1908 sonrasında makine dışalımını üzerinden gümrük vergilerinin kaldırıldığı, buna koşut olarak, yerli sınai üretimi korumak amacıyla, dışalım gümrük vergilerinin artırıldığı görülüyor. Yine

Cumhuriyet Dönemi arasında bir süreklilik görülebilir. Ancak Cumhuriyet Döneminin farkı, devletin, iktisadi yaşama hem düzenleyici hem de aktör olarak girmesi ve bu yapının ideolojik boyutunu da devletçilik olarak kurmasıdır. Cumhuriyetin iktisat ve hukuk anlayışı devletçilik çerçevesinde kurulmuştur.

Meşrutiyet dönemine gelindiğinde, Tanzimat devrinde yetki genişliğinin kötü uygulanmasının ve yerel derebeylerinin güçlenmesinin yarattığı kaygıyla güçlü bir merkezileşme tepkisi doğmuş ve yerel hizmetler de merkezileştirilmiştir. Tüm gelirler merkezde toplanılmaya çalışılmış; önceden avariz vergileriyle veya diğer yerel girişimlerle yapılan hükümet konağı, köprü, kaldırım inşası gibi faaliyetlerin masrafı da merkezden karşılanmıştır.²⁹⁹

1913 İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanunu Muvakkatı, il yönetimine, tüzelkişilik tanıyarak çeşitli kamu hizmetlerinin görülmesi görevini vermiştir. “Bu hizmetler bir kısım yolların yapılması, göl ve bataklıkların kurutulması, bir kısım sulama işleri gibi bayındırlık; nümune çiftlikleri, haralar, fidanlıklar tesisi, ziraat âletleri depoları yapılması, ziraî mahsuller ve ehlî hayvanlar sergileri açılması, sanayi odaları ve ticaret borsaları ve sergileri tesisi gibi iktisat ve ziraat; sağlık ve sosyal yardım; ilk öğretim ve bir kısım sanat ve meslek öğretimi gibi maarif işleri ve buna benzer birtakım âmme hizmetleridir.”³⁰⁰

Onar, Meşrutiyet döneminde, kamu hizmeti alanında olumlu bir gelişme yaşanmadığını savunmaktadır. Onar’a göre, “birçok kanunların neşredilmesine rağmen Meşrutiyetin idare hukukumuzda ilave ettiği fazla birşey yoktur ... Meşrutiyet hükûmetlerinin âmme hizmetleri hakkında tebellür etmiş bir fikri ve görüşü yoktur. Âmme hizmetlerinin en tabîî ve basit teşkilatını ihtiva ve devletin bir nüvesini teşkil

aynı yıllarda, 1913’te sanayiinin teşviki için bir yasa çıkarılıyor, özel sanayiinin geliştirilmesine çalışılıyor. Birinci Dünya Savaşı yıllarında devlet-özel işbirliği ile Adapazarı Demir ve Ahşap İmalathanesi görüldüğü gibi, milli sanayi kurulması özlemi öne çıkıyor. Ortaklıklar kurulması özendiriliyor. Savaş yıllarında devlet, gıda maddeleri başta olmak üzere, ticaret alanına doğrudan giriyor.” Kepenek, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.19

²⁹⁹ Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, s.11

³⁰⁰ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.711

eden köyler tamamen ihmâl edilmiştir. Şehirlerde belediye teşkilâtı başaramamış ve canlandırılmamıştır."³⁰¹

3. Cumhuriyet, Genişleme

Cumhuriyet döneminde, modern devletin, idare hukukunun ve kamu hizmetleri anlayışının kuruluşu görülmektedir. Devlet toplumsal yapıyı dönüştürme işlevini üstlendiği oranda, kamu hizmetleri ve buna bağlı olarak da idare hukuku gelişmiştir.

Osmanlı döneminde, devlet ve onun somutlaşmış şekli idare, esas olarak güvenliği sağlama ve düzeni koruma işleviyle ortaya çıkıyordu. Bunun dışındaki ortak ihtiyaçları karşılamaya yönelik hizmetler genellikle vakıflar aracılığıyla yerine getiriliyordu. Cumhuriyet dönemiyle, devletin karşılamayı üstlendiği ortak ihtiyaçlar genişlemiştir. Türk idare hukuku da bu dönemde kurulmuş ve doğaldır ki, Türk idaresi, geleneksel olarak otoriter bir anlayışa dayanmış olmakla birlikte, fikri temelleri kamu gücü anlayışına değil kamu hizmeti anlayışına dayandırılmıştır.³⁰²

Piyasa yetersizliği, Cumhuriyet dönemi devletçiliğinin ana fikridir. Devlet, özel girişimin gücünün yetmediği alanlarda, gerekli toplumsal ihtiyaçları karşılama görevini üstlenecektir. İdare hukukuna da yansıyan bu anlayışın özlü bir ifadesini Onar'dan aktaralım: "Daha ziyade sınaî ve iktisadî bir mahiyet arzeden bu yeni faaliyetlerin hususî müteşebbislerin sermaye ve ihtisaslarıyla başarılmasına ve beliren ihtiyaçların bu yoldan karşılanmasına, bu sermayenin miktar itibarıyla yetersizliği, müteşebbislerin tecrübelerinin ve ihtisaslarının noksanlığı ve idare kabiliyetini haiz bulunmamaları, hususî müteşebbislerin bir kısmının umumî menfaatin hususi menfaatten üstün olduğunu ve faaliyet ve kazançlarını, hiç olmazsa bu sahalarda, umumî menfaatle telif etmek ve icabında gereken fedakârlıkları yapmak his ve

³⁰¹ Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, s.12

³⁰² Bu nedenle, Fransız modern idare hukukunun gelişimine damgasını vuran kamu gücü-kamu hizmeti çatışmasını ülkemizde görmek mümkün değildir. Türk öğretilerine yansıyanlar, (örneğin, Duran, Vedel'in çizgisinde modern kamu gücü anlayışını benimsemekte, idare hukukunun sistematliğini buna göre kurmaktadır) çeviriyle beslenen idare hukuku öğretimimizdeki yazarların, farklı yabancı yazarlara bağlanmasının etkileri olarak değerlendirilebilir.

şuurundan mahrum olmaları gibi sebeplerden dolayı imkân görülmeyince, Devlet bu teşebbüsleri bir âmme hizmeti sayarak bizzat kurup işletmeye ve ecnebi sermayelerden raşa (rachat) yoluyla alınan imtiyazlı âmme hizmetlerini de kendisi idare etmeye mecbur kaldı."³⁰³

Devletçilik piyasaya güçlerine karşı yürürlüğe konmuş bir program değildir. Devletin kalkınmacılığı da, toplumsal ve idari yapıyı kapitalizmin işleyiş koşullarını sağlayacak bir aşamaya taşımakla sınırlıdır. Yürürlüğe konulan “toplumsal kalkınma”, dayandığı üretim biçiminin sınırlarını sorgulama öngörüsünü hiçbir zaman taşımamıştır. Devletin üstlendiği kamu hizmetleri alanları, özel girişimin gelişene kadar –ki bu gelişme yine devlet eliyle olacaktır- devlete emanet ettiği alanlardır. Ancak devlet ile emanet sahibi arasındaki ilişki hiçbir zaman yalın ve sorunsuz olmamıştır. Devletin sınırlarını aştığı ve gereğinden fazla genişlediği, “yansızlığını” ve rasyonelitesini yitirdiği alanlar ve anlar olmuştur. Günümüzde uzunca bir süreden beri, devletin, emanet alanları terk etmesi ve kendine çeki düzen vermesi talep edilmektedir. Devlete, düzen sağlama işlevleri ile hâlâ kamu hizmeti niteliği taşıyan, ancak devletin faaliyetlerini fiilen tasfiye ettiği alanlardaki toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimi faaliyetlerini özel girişimciler arasında, “rekabeti sağlayacak şekilde” paylaşdırmak görevi kalmaktadır.

Cumhuriyet modernleşmesinde devletçilik ilkesinin uygulamaya konmasının "tabii neticesi Devletin fonksiyonlarının, icraî ve idari faaliyetlerinin sınaî ve iktisadî sahalara da yayılması, bu sahalarda da birtakım âmme hizmetlerinin ihdas edilmesidir."³⁰⁴

"Bu prensip idare teşkilâtı ve idare hukuku üzerinde önemli bir etki yapmış ve devletin normal tipteki âmme müesseseleri (kamu kurumları) yanında hususî, özel

³⁰³ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.736; Devletçilik özel girişimin karşısında değil, onun yanında eksiklerini giderecek şekilde konumlanmaktadır. “Türkiyede iktisadi teşebbüsler için Devletçe takip olunan meslek, ferdî teşebbüs ve çalışmalara meydan vermiyen bir *Collectivisme* değildir. Ferdî teşebbüsü ve çalışmayı esas tutmakla beraber, milletin umumî ve yüksek menfaatlerinin icap ettiği iktisadî işlerde, Devleti fiilen alâkadar eden *Devletçilik* tir.” Âdil, **Mukayeseli Hukuku İdare**, s.85

³⁰⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.736

sinaî ve iktisadî teşebbüslere benzeyen birtakım teşkilât, İktisadi Devlet Teşekkülleri meydana gelmiştir."³⁰⁵

Kurulmakta olan modern idarenin hukukunun da “idare hukuku” olacağı kabul edilmiştir. "En geniş manada âmme hizmetlerini üzerine almış olan Türk devleti her sahada sarf edeceği faaliyetleri başarabilmek için, bir kaç istisna haricinde hemen bütün devletlerde olduğu gibi, hususî bir teşkilata, âmme hizmetlerini günü gününe ve muntazam ve verimli bir surette başarabilmek için fertlerden ayrı imtiyaz ve salâhiyetlere ve hususî hukuk usullerinden ayrı bir usule ve nihayet adlî kaza ve otoriteler karşısında bir hareket serbestisine ve istiklâl muhtaçtır. Bugün tek gayesi halkçılık ve halka hizmet olan, hiç bir sınıf ve zümreye hukukî bir menfaat ve imtiyaz tanımayan Türk Devleti, asırlarca ihmal edilmiş halkın, harap yurdun her ihtiyacına yetismeye, başkalarının asırlarda başardıkları işi senelere sıkıştırmağa çalışırken, âmme hizmetlerini tamamen mahallî idarelere ve hususî teşebbüslere bırakan ve bu işlerin hususî hukuk kaideleri ile ve diğer teşebbüsler gibi adlî kazanın murakabesi altında görülmesini kabul eden İngiltere gibi idarî rejim dışında kalan memleketlerin sistemini kabul edemezdi. Bu noktada göz önünde tutulacak şey idare kuvvetinin bir fikre, âmmeye hizmet fikir ve gayesine bağlı olmasıdır."³⁰⁶

Kamu hizmeti, devleti ve idare hukukunu açıklayıcı olarak kullanılmaktadır: "Bugünkü Türk idare hukuku, halkçı ve devletçi Türkiye Cumhuriyetinin ana prensiplerinden doğan âmme hizmetleri fikrine müstenittir."³⁰⁷

Cumhuriyet ilk olarak Osmanlı'nın “kamu hizmetleri” mirasını devralmaya çalışmış bunu için çeşitli yöntemler kullanılmıştır. Kurtuluş Savaşı'nı izleyen yıllarda başta demiryolları olmak üzere yabancı sermayeli işletmeler millileştirilmiştir. Osmanlılardan gelen vakıf mirasının ne yapılacağı sorun olmuş; ilk olarak, bunların gördükleri hizmetlere göre alâkalı idare teşkilâtına devri ve bu suretle eski vakıf sisteminin tamamen tasfiyesi düşünülmüş; öğretim kurumları ilgilerine göre ilk, orta

³⁰⁵ **Ibid.**, s.737

³⁰⁶ Onar, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, s.13

³⁰⁷ **Ibid.**, s.26

ve yüksek okullar ile üniversitelere; bir bölgenin veya bir topluluğun ihtiyacını karşılamak üzere kurulanlar yerel yönetimlere, sularla ilgili olanlar devlet ile belediyelere ve mezarlıklar belediye devredilmiş; ancak bundan olumlu bir sonuç alınamayıp vakıf eserleri ve malvarlıklarının dağıldığı görülünce tasfiye durdurularak Vakıflar Genel Müdürlüğü kurulmuştur.³⁰⁸

Sanayileşebilmek için önce özel girişimciliğe öncelik veren bir iktisat politikası izlenilmesi düşünülmüş ve 1923 İzmir İktisat Kongresi'nde bu yönde kararlar alınmıştır. Kafaoğlu'na göre "1923-1930 yılları arasında Türkiye Cumhuriyeti hükümeti yabancı tekellere imtiyaz vererek ülkenin iktisadi gelişmesini sağlamaya çalışmaktadır. Devletin bu yıllarda üstlendiği en önemli iş hatta tek iş demiryolu yapımıdır.³⁰⁹ Ancak kısa süre için devlet öncülüğü ve teşviki olmadan Türk özel girişimcilerinin bu işlevi yerine getiremeyeceği anlaşılmıştır. Ulusal sermaye birikiminin sağlanması amacıyla, demir ve denizyolu ulaşımında kamu kesiminin öncülüğü gerçekleştirilmiş; tarımsal krediler artırılmış; İş Bankası'nın kurulmasını, sanayi kesimini canlandırmak üzere Sanayi ve Maadin Bankasının kurulması izlemiş; sanayiinin özendirilmesi amacıyla çıkarılan yasayı, Lozan Barış Anlaşması uyarınca ancak 1929 yılından sonra gerçekleştirilebilen sanayii dış rekabete karşı koruma önlemleri tamamlamış ancak tüm bu düzenleme ve girişimlere karşın özel sermaye birikimi beklenen ve istenen hızda gerçekleşmemiştir.³¹⁰ Bu durum 1929 Dünya İktisadi krizinin yarattığı durum, buna verilen ithal ikameci, planlamacı tepkiler ve o dönem için başarılı olduğu kabul edilen Sovyet planlama örneğiyle birleşince devletçilik uygulamasının alt yapısı oluşmuştur.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi İzmir İktisat Kongresi'nde iktisadi gelişim için liberal politikalar benimsenmesi kararı çıkmış daha sonra özel sektörü teşvik için Teşviki Sanayi Kanunu çıkarılmıştır.

³⁰⁸ Onar, "İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından ...", s.298

³⁰⁹ Arslan Başer Kafaoğlu, **KİT Gerçeği ve Özelleştirme**, 2.B., İstanbul, Alan Yayıncılık, 1995,s.61-62

³¹⁰ Kepenek, **Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.20

1933 yılında CHP'nin programı esaslı olarak değiştirilerek iktisatta devletçilik ilkesi benimsenmiş; bunun sosyalizm olmadığı Atatürk tarafından açıkça vurgulanmıştır.³¹¹

CHP Genel Sekreteri Recep Peker'in 1935 tarihli bir konuşması, Türkiye'nin devletçilik anlayışını açık bir şekilde anlatmaktadır: "Cumhuriyetin Devletçi ve müdahaleci bir sistem takip etmesi tabii ve zaruri idi; bir taraftan iktisadi istiklalsizliğin siyasi istiklali kaybetmeye müncer olacağını çok acı tecrübelerle öğrenmişti. Bu itibarla iktisadi istiklalini korumak ve temin etmek için bir autarchie'ye gitmek, bir nevi merkantalist politika takip etmek mecburiyetinde idi. Diğer taraftan günden güne artan kollektif ihtiyaçlarını temin etmek lazımdı ve nihayet milli müdafa bakımından bir çok işlerin başarılmaları icap ediyordu. Halbu ki bu asırlarca fena idareler altında ezilmiş, harplerle yıpranmış ve bu suretle şahsi teşebbüs kaabiliyetini, servet ve sermayesini kaybetmiş olan fertler bu büyük işleri başarabilmek imkânına malik değildiler, şu halde bütün bu ihtiyaçlara cevap vermek, bu teşebbüsleri başarmak için teşvik, murakabe ve nihayet bizzat teşebbüslere girişmek vazifesi devlete düşüyordu. ... Türkiye Cumhuriyeti Devletçiliği ana prensiplerinden biri sayıyor ve bu prensibi; 'hususî teşebbüs serbestliği ile beraber umumî menfaatler noktasından gerek olan her ekonomik teşebbüste Devletin yapıcılık saha ve salâhiyeti açık bulunuyor. Devlet kendi yapacak ve kurulmasını teşvik ettiği endüstriyi kontrol de edecektir."³¹²

1933-1937 yıllarında 1. Beş yıllık kalkınma planına göre çeşitli sanayi dalları oluşturulmuştur. Dokuma, maden işleme, kağıt, kimya, cam ve çimento Planda yatırım yapılacak sanayi dalları olarak sayılmıştır.³¹³

Devlet ekonomide başat role sahiptir ve devletin temel müdahale araçları kamu iktisadi teşekkülleridir.³¹⁴ Demir-çelik sanayi; eğitim ve yapı işleri için, kağıt ve

³¹¹ Kafaoğlu, **KİT Gerçeği ve Özelleştirme**, s.64

³¹² Aktaran, Onar, **İdare Hukuku 1938**, s.24-25

³¹³ İzzettin Önder, "Devletçilik", **Dünyada ve Türkiye'de Kamu Girişimciliğinin Geçmişi Bugünü ve Geleceği c.1**, İstanbul, TMMOB-EMO, 1998, s. 210-222

çimento sanayiinin oluşturulması; tarım kesiminde kooperatifçilik ve destekleme alımları; Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü'nün kurulması, deniz ve demiryolları ulaşımında kamu girişimciliğine öncelik verilmesi; bankacılık konusunda yapılan düzenlemeler ve Merkez Bankası'nın kurulması devletin iktisadi hayattaki rolüne ilişkin gelişmelerdir.

1938-1942 yıllarını kapsayan II. Beş yıllık plan savaş nedeniyle uygulanamamıştır.

Liberal söylemine karşın Demokrat Parti yönetiminde, devletin iktisadi girişimlerinin sayısı artmıştır. Petrol Ofisi, Devlet Malzeme Ofisi, Et ve Balık Kurumu, bu dönemde açılan kamu iktisadi teşebbüslerine örnek olarak verilebilir. Bu durum Adalet Partisi iktidarında da devam etmiştir. Petkim Petro Kimya, Türkiye Elektrik Kurumu gibi.³¹⁵ 1950'lerle birlikte teorik platformda giderek güçlenen kalkınma iktisadi ve kalkınma modelleri, kamu işletmeciliğinin gelişmesini etkilemiştir.³¹⁶

Başlangıçta da vurgulandığı gibi, devletçilik özel girişim aleyhine bir girişim değildir. “Devlet özel sektörün gelişmesini sağlayacak koşulları biraraya getirmeyi amaçlamaktadır. KİT’ler başlangıçta yatırım maliyetinin yüksek, amortisman süresinin uzun, finanssal rantabilitenin düşük olduğu sektörlerde faaliyete geçerek özel işletmelere doğrudan ve dolaylı olarak kaynak aktarmaktadır. Altyapı, temel sanayiler, ulaşım, telekomünikasyon, enerji gibi sektörlerde KİT’lerin kurulmuş olması anlamlıdır. Sistemin dinamiği özel işletmelerin giderek güçlenmesini ve

³¹⁴ 1938’de KİT ile ilgili yasal düzenleme yapıldığında Ziraat Bankası, Sümerbank ve Etibank daha önceden kurulmuş bulunmaktaydı. 1938’de kurulan TMO, daha önce Ziraat Bankasının yapmakta olduğu tarım ürünlerini destekleme alımlarıyla görevlendirilmişti. SEKA ve Demir Çelik işletmeleri önceleri Sümerbank’ın müesseseleri olarak oluşmuş daha sonra bağımsız KİT olmuşlardır. KİT’in çekirdeği Sümerbank ve Etibank’ın kurulmalarıyla oluşturulmuştur. Kepenek, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.23

³¹⁵ Kafaoğlu, **KİT Gerçeği ve Özelleştirme**, s.68

³¹⁶ **Ibid.**, s.47; KİT sisteminin tarihsel hukuki bir değerlendirilmesi için bkz., Sıddık Sami Onar, “Türkiye’de İktisadi Devlet Teşekküllerini Doğuran Âmiller, Bu Teşekküllerin ve İdarî Yapılarının ve Şekillerinin Tahlil ve Tenkidi”, **Milletlerarası IX.İdarî İlimler Kongresi Raporlar**, İstanbul, İÜHF İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü, 1953, s.5-48

KİT'lerin yerini almasını gerektirecek, merkezi düzenlemeler giderek yerini piyasa mekanizmasına terk edecektir. Kamuda kalan işletmeler ise özel işletmelerin uyguladığı işletme normlarını kabul etmek zorunda kalacaklardır.”³¹⁷

II. Dünya Savaşı sonrası Türkiye’de devletçilik yeniden tanımlanmış; özellikle ticari kesimden beslenerek güçlenen özel sermayenin, daha liberal bir yapı istemleri ile Truman doktrini ve Marshall Planı uygulaması çerçevesinde Türkiye’ye yönelik talepler nedeniyle devletçi “sanayileşme” politikası terk edilmiştir. Yeni devletçilik politikasını içeriğini belirlemede etkili olan ABD’li uzmanlara göre, Türkiye, ağır sanayi (demir-çelik, kimya, özellikle kimyasal gübre, selüloz ve kağıt) alanlarında yeni yatırım yapılmamalı; demiryolları yerine karayollarına önem verilmeli; iç ve dış ticarete serbestlik getirilmeli ve yerli-yabancı özel sermayeye olanaklar sağlanmalıdır.³¹⁸

Demokrat Parti iktidara devletin iktisadi sahadaki faaliyetlerini azaltmak programıyla gelmiş olmakla birlikte, dış alımın, savaş yıllarında biriken döviz kaynakları hızla tüketmesi ve özel girişimin yetersizliği nedeniyle iç talebin yerli üretimle karşılanamaması kamu girişimlerini geliştirme zorunluluğunu doğurmuştur. KİT’lerin rolünde de özel kesimi doğrudan destekleme gibi bir değişiklik olmuştur.³¹⁹

DP iktidarında öncelikle Posta Telgraf Telefon, Devlet Demir ve Denizyolları, KİT olarak yeniden örgütlenmiş; Sümerbank’tan Selüloz ve Kağıt Fabrikaları ile Demir-Çelik; Etibank’tan Kömür İşletmeleri; Toprak Mahsulleri Ofisi’nden Et ve Balık Kurumu ayrılarak bunlara KİT niteliği verilmiştir. Devlet Malzeme Ofisi, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı ve Turizm Bakanlığı kurulmuştur. Bu döneme kadar sınırlı tutulan kamu iştirakleri hızla yaygınlaştırılmış; böylelikle kamu sermayesinin özel sermayeye büyük katkılar yapması sağlanmıştır.³²⁰

³¹⁷ Kafaoğlu, **KİT Gerçeği ve Özelleştirme**, s.55

³¹⁸ Kepenek, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.31

³¹⁹ **Ibid.**, s.32

³²⁰ **Ibid.**, s.33

Devletin iktisadi yüklenimleri zaman içinde işlev farklılaşması yaşamıştır. Devlet iktisadi girişimleri başlarda gıda, dokuma, içki ve tütün gibi temel tüketim malları üreten sanayi dallarında kurulmuştur. Daha sonra, 1950’li ve özellikle 1960’lı yıllarda, KİT’lerin kağıt, çimento, demir-çelik, gübre ve petro-kimya üretimine yöneldiği görülmektedir.³²¹ Bunun nedeni, Türkiye’nin, ithal ikameciliğin yeni bir safhasına geçmesi ve KİT ile özel sanayi girişimi arasında yeni bir işbölümünün geliştirilmesidir. Öel kesim tarafından, devlet girişimlerinin ürettiği aramalları, “uygun koşullarda” kullanarak dayanaklı tüketim malları üretiminde “yerli” sanayiler kurulmuştur. Böylelikle, yurtdışından ithalatla karşılanabilecek mallar, özel kesimin uluslararası tekellerin yerli temsilcisi olarak yaptığı “yerli” üretimle ikame edilmiştir.

Aramalları üretimi niteliği gereği büyük üretim ölçeğini gerektirir. Örneğin, demir-çelik, alüminyum ve petro-kimya ürünlerinin, petrol rafinerilerinin verimli olabilmeleri için belirli bir minimum üretim kapasitesiyle kurulmaları zorunludur. Bu durum, büyük sermaye kaynağı gerektirir. Bu nedenle ara malları sanayileri kamu sermayesiyle KİT’ler olarak örgütlenmiştir.³²²

Devletin ortak ihtiyaçların karşılanmasında rol alması, yığın üretimi ve tüketimine dayanan Fordist dönemde, kapitalist girişimcinin çıkarlarıyla çelişik değildir. "Devlet müdahalesi, kimi zaman bazı kapitalist çıkarlara aykırı yapılsa da tekeller için işlevsel ve gereklidir. Bü müdahale aslında işgücünün asgari düzeyde zorunlu üretimini garanti eder, doğrudan ücret maliyetini azaltır, aynı zamanda da talepleri rahatlatır."³²³

1961 Anayasası'nın 41. maddesinin II. fıkrasında yer alan "*iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek ... Devletin ödevidir*" hükmünü değerlendiren Onar, devletin bu alanlarda kalkınmanın yalnız özel teşebbüsten gelmesini beklemekle ve özel teşebbüsü destekle yetinemeyeceğini

³²¹ **Ibid.**,

³²² **Ibid.**, s.34

³²³ Manuel Castells, **Kent, Sınıf, İktidar**, 1.B., Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1997, s.31

kalkınmayı gerçekleştirmekle ödevli olduğunu belirtmektedir. Buna göre, “devletin bu alanlarda kalkınmayı sağlayacak her türlü faaliyetleri bir kamu hizmeti sayılmak icap eder. Ancak anayasa bu alanı tamamen Devlet inhisarına almamış ... kamu hizmeti saydığımız bu alanlarda iktisadi bir menfaat mevcut olursa özel sektörün de bu alana iştirak edebileceğini ve hatta bu sahanın tamamen özel sektöre bırakılabileceğini kabul etmiştir.”³²⁴

Devletin özellikle iktisadi alanlardaki kamu hizmetleri, hiçbir zaman özel girişimin çıkarlarından bağımsız gelişmemiştir. Ancak Türkiye’de, bu girişimlerin faydalarının, dolaylı da olsa tüm toplum kesimlerine yayılamaması, toplumcu ya da halkçı vurgu yerine “devletçi” bir vurgunun ağırlık taşınması, toplumda bir “kamu hizmetleri” fikrinin yerleşmesini güçleştirmiştir. Örneğin, klasik yapının dağıtılmasına karşı Fransa’da geniş halk kesimlerinin tepki vermesine karşılık, Türkiye’de, kamuda çalışanlar da dahil, hiçbir kesimden etkin bir tepki gelmemesinin bir nedeni de budur.

4. Daralma

Kamu hizmetlerinde daralma, dünyada ve Türkiye’de 1970 ortalarından itibaren şiddetle yaşanan iktisadi krizin doğrudan yansımasıdır.

Krize ilk tepkiler, yine devlet talebinin artırılması şeklindeki Keynesgil iktisat politikası yöntemleriyle verildiğinden, krizin kamu hizmetleri üzerindeki doğrudan etkisi bir süre gecikmiştir. Ancak sözkonusu önlemlerin çare olmaması köklü iktisat politikası değişikliklerini getirmiştir. Bununla bağlantılı siyasal ve idari değişikliklerin ilk "başarılı" örnekleri, Reagan ABD’sinde ve Thatcher’ın İngiliz refah devleti kurumlarını tasfiyesinde görülmüştür. Türkiye’nin krize yanıtı birkaç yıl gecikmeli gerçekleşmiştir. Sözkonusu yanıt kamu hizmetlerinin dönüşümünde temel belirleyicidir. Siyasal alanın karşıladığı temel ihtiyaç, kapitalist üretim biçiminin varlığını ve işleyişini güvenceye almak ve bunun gereği olarak da kendi varlığını güvenceye almaktır. Devletin bu işlevi çerçevesinde yeniden yapılanacağı açıktır.

³²⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.740-741

Kökleri daha gerilerde bulunan ancak 1974 petrol krizi ile derinleşerek açığa çıkan ekonomik kriz, yeni bir sermaye birikim modelini çözüm olarak beraberinde getirmiştir.³²⁵ Kitlesele üretimi olanaklı kılan Fordist iş örgütlenmesine ve kamu harcamalarının artırılmasıyla denge arayışını öngören Keynesçi iktisat politikalarına dayanan bir önceki birikim rejimi, 1929 Dünya İktisadi krizine çare olarak geliştirilmiş ve gelişen devlet işletmeleri, sosyal güvenlik sistemleri ve kamusal düzenlemeler ile bir istikrar dönemi yaratmıştır. Bu dönemde kamu kesimi ile özel kesim bir denge içinde varlığını sürdürmüştür. Ancak özellikle toplumsal taleplerin kamu kesimini sürekli genişletmesi ve buna kamunun doğal genişleme eğiliminin eklenmesi, bunların özel kesimin vergi yükünü artırması, özel kesimin, kâr oranlarının düşme eğiliminden kaçamaması sonucu yeni karlılık alanları aramaya başlaması sözkonusu dengenin sonunu hazırlamıştır. Krize çare olarak uygulanan yeni birikim rejimi, bu arazları gidermek için yeni bir denge önermiştir. Kamu harcamalarının ve açıklarının kısılarak toplumsal üretimden vergi olarak çekilen payın asgariye düşürülmesi ve devletin işgal ettiği alanların piyasa lehine bir an önce boşaltılması yeni dengenin unsurlarıdır. Tüm sosyal harcamaların kısılması, kamu hizmeti alanlarının piyasa devredilmesi ve varlığını sürdüren kamu hizmeti alanlarının ise ticarileştirilmesi anlamına gelir.

³²⁵ Sözkonusu olan Fordist sermaye birikim rejiminin krizidir. Fordist birikim rejiminin iki temel özelliği vardır. Birincisi, büyük çaplı, zaman zaman tekel konumunda olan şirketler tarafından, homojen bir pazar için yapılan, kitlesele üretim; ikincisi, bant sistemi ve Taylorizmin karışmasından oluşan bir iş süreci içinde işgücünün yoğun tüketimi. Böyle bir sermaye birikim rejimi devletin görevlerini belirlemiştir. Bunlardan bir tanesi, kitle üretiminin ihtiyaçlarını karşılamak üzere uygun toplumsal talebi düzenlemek, iç pazarı denetlemek, ülke parasının değerini denetlemektir. Devletin ikinci temel görevi, işgücünün yeniden üretimine katkı sağlamaktır. Bu görev, kamunun toplu taşımacılık, toplu konutlar, toplumsal sağlık, ücretsiz eğitim, çocuk bakımı, aileye verilen mali yardımlar, emeklilik fonları gibi konularda işlevler üstlenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu dayanaklar üzerine kurulan sistem krize girmiştir. Günümüzde hâlâ bu krizin aşılmasını sağlayacağı düşünülen yeni birikim rejimini hayata geçirme girişimleri sürmektedir. Bkz. Ergin Yıldızoğlu, “Özelleştirmenin Kamu Yaşamı Üzerine Etkileri ve Sendikalar Konferansı Sunuşu”, Türk Harb-İş Sendikası, **Özelleştirmenin Kamu Yaşamı Üzerine Etkileri ve Sendikalar**, Ankara, Harb-İş, 1996, s.76-82; Kriz ve yeni birikim rejiminin anahatları için bkz Sinan Sönmez, “Kriz, Devlet Müdahalesi ve Özelleştirme”, **Dünya’da ve Türkiye’de Özelleştirme Sempozyumu**, Ankara, ODTÜ, 1990, s.53-62

1974 Krizi ve krize verilen tepkilerle şekillenen yeni iktisadi yapının bir boyutu da para ve sermaye hareketleri çerçevesinde gelişen “küreselleşme”dir. 1970’lerde, Bretton Woods sisteminin sonunun ilan edilmesi ve doların altın karşılığından çözülmesiyle başlayan para ve sermaye hareketlerindeki serbestleşme ve spekülasyonun hızlandırıcısı olduğu küreselleşme, Boratav’ın saptamasıyla, “ulusal ekonomilerin, mal ve sermaye hareketleri ile finanssal işlemler aracılığıyla, işlevsel ekonomik birimler olarak tasfiyesini öngörmektedir.”³²⁶ Boratav, bu durumun dört temel sonucunu saptamaktadır.³²⁷ İlki, dış ticaret ve sermaye hareketleri üzerinde ulusal iktisat politikaları uygulama imkânının iyice daralması, toplumsal kaynakların dağıtımında siyasal mekanizmaların etkisinin en aza indirilmesi ve bunda sadece piyasa aktörlerinin ve dolayısıyla sanayi ve ticaret sermayesinin belirleyici olması; geniş kesimlerin siyaset aracılığıyla bölüşüm ilişkilerine yapabilecekleri müdahalenin kısıtlanmasıdır. İkincisi para ve sermayeye tanınan serbestliğin, işgücüne tanınmamasıdır. Üçüncüsü, devletin iktisadi ve sosyal işlevlerinin, sermayenin üzerindeki kontrol olanaklarının ortadan kalkmasıyla orantılı olarak, emeğin ve genel olarak toplumun kontrolüne dönüşmesidir. Bununla bağlantılı olan dördüncü sonuç devletin iktisadi ve sosyal işlevlerinin daraltılması, salt zora dayanan işlevlerinin artmasıdır.

Kriz öncesi dönemde kalkınmakta olan ülkeler için Keynesçi politikalar, ithal ikamesine dayanan sanayileşme stratejileriyle tamamlanmaktaydı. Bu dönemin birikim rejiminde, devletin sosyal harcamaları (örneğin, sosyal güvenliğe devlet desteği, transfer harcamaları, ücret malları üretimi [işgücünün temel ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik mallar]) işgücü maliyetinin bir kısmının kamusallaştırılması anlamına gelmekte; doğrudan kamu harcamaları ve kamu ya da özel kesim işçilerine ödenen görece yüksek ücretler korunan iç pazar için talep unsuru olmaktaydı. Ancak temel girdileri için dövize ihtiyaç duyan, ancak dışsatım yapamayan bu birikim rejiminin tüm devlet desteğine rağmen tıkanması kaçınılmazdır. Nitekim 1970’lerin

³²⁶ Korkut Boratav, “Küreselleşme ve Dünya Ekonomisi”, **Cumhuriyetin 75.Yılında Kamu Hizmeti, Kamu Mülkiyeti**, Ankara, KİGEM, 1998, s.39

³²⁷ **Ibid**, s.40

ortalarından itibaren Türkiye bu sıkıntıyı yaşamıştır. Kalkınma iktisadının iflasıyla birlikte üçüncü dünya ülkelerine ihracata dayalı büyüme modeli sunulmuştur.³²⁸ Türkiye de 1980’den beri bu sermaye birikim rejimini uygulamaktadır. İhracata dayalı iktisat politikalarının temel mantığı, kamu harcamalarının kısılması, kamu kesiminin küçültülmesi, iç talebin baskılanması ve ücretlerin düşürülmesidir.³²⁹

Bu tip bir iktisat politikasının, 1800’lerin başından beri bu topraklarda hayata geçirilmeye çalışılan, genel olarak, kalkınma ve kalkınma için rasyonel devlet örgütlenmesi arayışıyla kurulmuş “klasik” yapının dönüşümü sonucunu doğuracağı açıktır.³³⁰

Bu dönüşümün kamu hizmetleri bakımından önemli bir yönü, yeni bir iç denge arayışıdır.³³¹ Devletin kayıtlayıcı faaliyetleri (kolluk) ile yararlandırıcı faaliyetleri

³²⁸ Bu çerçevede bkz. Korkut Boratav, **Türkiye İktisat Tarihi, 1908-1985**, 1.B., İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1988, s.119.vd. ; Mustafa Sönmez, **1980’lerden 1990’lara Dışa Açılan Türkiye Kapitalizmi**”, 1.B., İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1992

³²⁹ Ticarete serbestleştirme, rekabet gücünün ayakta tutulmasını gerektirir. Rekabet gücünü ayakta tutmanın bir yolu artan verim, modernleşme ve teknolojik atılımdır; bunların dayanağı da sermaye birikimidir. Küreselleşme dönemi aşağı yukarı her ülkede ve Türkiye’de sermaye birikimin zayıfladığı bir dönemdir. İkinci bir yöntem, kur ayarlamalarıyla, devalüasyonlarla, verim ve maliyeti düşürmeden yapay bir rekabet gücü sağlamaktır. Küreselleşmeyle bu olanak da ortadan kalmıştır. Üçüncü seçenek, aynı miktar üretimi, daha az sayıda işçiyle gerçekleştirerek rekabet gücünü artırmaktır. Ucuz emek. Bir yandan firma düzeyinde ücretleri ve istihdamı azaltmak, diğer yandan ülke düzeyinde emeğin toplumsal maliyetini düşürmek ekonomiler için mukayeseli üstünlük etmeni olmuştur. Bunun için ulusal ekonomiden emek için ayrılan kaynakların (örneğin sosyal güvenlik sistemi, emeğin eğitim ve sağlık gibi ihtiyaçlarının kamu tarafından karşılanması) azaltılması gerekir. Boratav, “Küreselleşme ve Dünya Ekonomisi”, s.41

³³⁰ İktisadi kriz ve yeni liberal akımın, devletin iktisadi işlevleri üzerindeki etkileri için bkz., Korkut Boratav, Ergun Türkcan, **Türkiye’de Sanayileşmenin Yeni Boyutları ve KİT’ler**, 3.B., İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1994, s.203-214

³³¹ Dengenin yokluğu ve uzlaşının dağılması krizi ifade eder. Benzer durum Fransa’da da 1970’in başından beri yaşanmaktadır. Castells, Fransız devlet müdahaleciliğinin savaş sonrası gelişimi ve krizine ilişkin bir dönemlendirme yapmaktadır. Buna göre, 1947-1958 arası, devletin üretim araçlarına (devletleştirilmiş sanayiler, ulaşım, enerji), dolaşım araçlarına (bankalar ve kredi kuruluşları) ve işgücünün yeniden üretimine sistemli bir müdahalesiyle yeniden yapılanma ve düzenin yeniden kurulması, üretimin maddi temellerinin ve sermaye birikimi için gerekli koşulların oluşturulması sağlanmıştır. Devlet birikim sürecinde yer alarak Fransız ekonomisinin bağlantılarını sağlamlaştırmıştır. Bu dönemde “devlet hem tekelci birikime yardımcı olmak hem de burjuva hakimiyetini siyasi ve ideolojik olarak meşrulaştırmak gibi bir görev” üstlenmiştir. Bu çelişik görevin olumsuz

arasındaki denge birinciler lehine yeniden oluşturulacaktır. Bu gelişme "sosyal devlet"ten, "cezalandırıcı devlete (*L'État pénal*)" geçiş olarak değerlendirilmektedir.³³² Başka türlü ifade edecek olursak, kamu hizmetleri içinde yararlandırıcı hizmetler gerilerken, düzen sağlama hizmetleri ön plana geçecektir. Devlet örgütlenmesinde birinciler tasfiyeye ikinciler ise yenilenmeye tabi tutulacaktır.³³³ Kayıtlayıcı faaliyetlerle yararlandırıcı faaliyetler arasındaki denge birinciler lehine bozulacağı gibi, yararlandırıcı faaliyetler içinde de tercih değişiklikleri görülecektir. Geniş kesimleri hedefleyen toplumsal harcamaları gerektiren faaliyetler tasfiye edilirken, büyük özel girişimlerin lehine devlet yükümlülükleri artacaktır (özellikle mali piyasalarda, güvenliği sağlamak için devletin özel girişimcilere kefil olması, toplumsal harcamalardan kısılan, inanılmaz kamusal fonların sarfını gerektirmektedir).

Bir üst başlıkta da açıkladığımız gibi, devlet işletmeciliğinin, devletin iktisadi yaşamdaki rolünün genişlemesi hiçbir zaman süreklilik olarak düşünülmemiş piyasa

sonuçlarına ilk yenik düşen kendini kamu hizmetleriyle meşrulaştıran de Gaule'cü bürokrasi olmuştur. 1967-1969 yıllarında başlayan son dönem, ekonomik kriz, toplumsal denetim ve siyasi meşruiyet krizi dönemidir. "Durgunluk ve enflasyon sarmalı, işsizlik, devlet müdahalesi için kamusal kaynakların yetersiz kalmaya başlaması (mali kriz), büyüme hızının sınıra ulaşması; devletin, kâr oranlarının düşmesini engellemek için işçi ücretlerini baskılayarak sömürüyü çoğaltmak ve toplumsal bütünleşmeyi güvence altına almak gibi birbiriyle çelişik iki zorunluluk arasında kalması krizin unsurlarıdır." Castells, **Kent, Sınıf, İktidar**, s.66-71

³³² Devletin yoksullukla sosyal işlevlerini geliştirerek değil, cezalandırma araçlarıyla mücadele etmesi, devletin zora dayalı işlevlerinin (polis, hapishane vs.) gelişmesi bu dönüşümün belirleyicileridir. Bkz Loïc Wacquant, **Les prisons de la misère**, Paris, Raison d'Agir, 1999.

³³³ "...Kamusal işlevler daraltılmakta, devletin gelir dağılımını düzeltme ve fırsat eşitliğini sağlama görevleri hemen tamamen yok edilmektedir. Diğer bir ifade ile, bu uygulamalarla sosyal devlet ya da refah devleti, yerini pasif bir idareye devretmektedir", İzzettin Önder, "Özelleştirmeye Genel Yaklaşım", **Dünyada ve Türkiye'de Özelleştirme**, ed. Ergin Arıoğlu, Ankara, Türkiye Maden İşçileri Sendikası, 1994, s.45; Devlet faaliyetlerini değerlendiren liberal iktisadi öğretide, mantığın sınırlarında gezinenler de bulunmaktadır. "Özellikle ABD kökenli teorisyenlerin geliştirdikleri yeni liberal akım (Public Choice School) tam anlamıyla bireycidir. Bu bağlamda sosyal etkinlikleri, sosyal ortamı yadsımakta ve devlet düşüncesini 'radikal' biçimde çürütmeye çalışmaktadır. Yeni liberal akıma mensup yazarlar kamusal nitelikli her öğenin özelleştirilmesini önermektedirler", Sönmez, "Kriz, Devlet Müdahalesi ve Özelleştirme", s.59

yetersizliğini giderici bir geçici durum olarak kurgulanmıştır. Bu özellik idare hukukçularınca da saptanmıştır. Örneğin Onar, devletçilik ilkesinin ve buna bağlı olarak kamu hizmetleri alanının iktisadi devlet girişimleriyle genişlemesini piyasa yetersizliği yaklaşımıyla açıkladıktan sonra, piyasa güçlerinin gelişerek yeni bir denge yaratabileceğini de öngörmüştür. "1924 Anayasasının bu devletçilik prensibi belki bir reaksiyonla karşılaşır: hususî sermayenin gelişmesi, hususî teşebbüsün teknik ihtisas ve kabiliyet kazanarak teşkilâtlanması, Devletin iktisadî ve sınaî sahadaki faaliyetlerinden bir kısmını bu hususî teşebbüse devretmesini mümkün kılar. Fakat idarî teşkilâtın bu yeni fizyonomisinin tamamen kaybolmasına, idare teşkilâtının bu yeni yapısının ve fizyonomisinin tamamen Cumhuriyetten evvelki şeklini almasına, yani sadece siyasî sahaya inhisar etmesine imkân yoktur. Kolektif ihtiyaçların çoğalması, dünyanın her yerinde olduğu gibi Türk idaresinin de teknik yapı ve fizyonomisinin, değişik şekiller alsa bile, devam etmesini zarurî kılacaktır."³³⁴ Onar, devletin işlevlerinin muhtemel dönüşümünde dahi idarenin tamamen Cumhuriyet öncesi devirlere dönmesinin mümkün olmadığını söylemekle malumu ilan etmektedir. Ancak, idarenin modernleşmeyle yaşadığı istikrar döneminin özelliklerini de artık taşıyamayacağı bir başka malumdur.

Dönüşümün yönünü “kamu yönetimcileri”, kendi alanlarının sonunu ilan ederek saptıyorlar. Yeni dönemde kamu yönetimi disiplinine hakim yaklaşımın, iyi bir özet olarak Yaşamış’ın şu saptamalarını aktarabiliriz: “Kamu yönetiminde finansman açığı var ve bunun borçlanma ve yeni vergilerle karşılanma imkânı da gittikçe güçleşiyor. Bu durumda tek bir çözüm var, kıt kaynakların akılcı kullanımı. Bu çerçevedeki çözüm yolları: 1. Merkezi yönetim görevlerinin yeniden tanımlanması, 2. Kamu sektörünün ulusal ekonomi içindeki payının azaltılması. 3. Kamu ekonomik kuruluşlarının özel sektöre devri. 4. Özel sektörün kamu hizmetleri alanında daha fazla rol almasının sağlanması. 5. Yerinden yönetim, yetki devri, pazar türü kamu yönetim araçlarının geliştirilmesi. 6. Yasal düzenlemelerin sadeleştirilmesi, bilişim teknolojisi, duyarlılık yönetimi, başarıım yönetimi, sorumluluk yönetimi,

³³⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları 1966**, s.737

süreçlerin iyileştirilmesi. 7. Kamu hizmetleri ölçünlerinin geliştirilmesi ve uygulanması, kamuda denetim anlayışının değişmesi ve erdemlilik yönetiminin yeniden kurulması.”³³⁵ Yaşamış, bu gelişmeler sonucunda “kamu yönetimi disiplinin artık, Türkçe karşılığını vermeden, “administration” (idare) değil, “management” (işletme) anlayışını esas alan bir disipline dönüştüğü saptamasını yapmaktadır.

Devletteki dönüşüm, dönüşümün başladığı düşünülen 1980 yılından beri hala gerçekleştirilememiştir. Ancak 2000 ve 2001 yılları, yapılan anayasa değişikliği, çıkarılan yasalarla, üst üste yaşanan mali kriz nedeniyle ve Avrupa Birliği angajmanlarıyla gelen doğrudan dış kaynaklı "reform" programların dayatıcı etkisiyle önemli dönüm noktası olarak ortaya çıkmaktadır.

Dönüşüm saptaması pek çok kamusal belgenin yanısıra Plan belgelerinde de ortaya konmaktadır. Örneğin, 2001-2005 Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı "Kamu Yönetiminin İyileştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Özel İhtisas Komisyonu" raporunda kamu yönetimdeki dönüşüm gereği, "yeni dünya düzeninin" doğrudan ve kaçınılmaz bir sonucu olarak konmaktadır. İhtisas Komisyonunun ifadeleriyle "1980'li yılların başından itibaren dünyada çok yönlü bir dönüşüm yaşanmaktadır. Bu dönüşüm sanayi toplumundan bilgi toplumuna, Fordist üretimden esnek üretime, ulus devletler dünyasından küreselleşmiş dünyaya, modernist düşünceden postmodern dünyaya geçiş söyleminde ifadesini bulmuştur. Bu dönüşüm sürecinde bireyle devlet arasındaki ilişki biçimi değişmiş; yönetim (government) kavramı yerine "yönetişim" (governance) kavramı kullanılmaya başlanılmıştır. Bütün bu dönüşüm çabaları 'yeni dünya düzeni' kavramı ile ifade edilmektedir. Yeni dünya düzeni, yapısal uyum ve piyasa reformlarını gündeme getirmiş; bütün dünyada devletin iktisadi yaşamdaki

³³⁵ Firuz Demir Yaşamış, “Kamu Yönetimi Kuramında ve Uygulamasında Yeni Gelişmeler: ‘Administration’dan ‘Management’a”, **21.YY’da Nasıl Bir Kamu Yönetimi Sempozyumu**, Ankara, TODAİE, 1997, s.2; Gerçekte Yaşamış, OECD-Public Management Progrâmme (PUMA) çerçevesinde geliştirilen görüşleri Türkçeleştirmektedir. Bu görüşlerin kamu hizmetleri bağlamındaki özlü ifadesi için bkz. OECD-PUMA, **Ministerial Symposium on the Future of Public Services**, Paris, OECD, 1996; PUMA’nın saptaması, Refah devletinin krizi, geçiş dönemi ve işletmecî devlet (*management state*) aşamalarına dayanmaktadır. Bu yaklaşımı “reform hikayelerinden biri” olarak değerlendiren bir görüş

rolünü azaltma ve özelleştirme çabalarını başlatmıştır ... Bu gelişmelere paralel olarak, dünyada devletin rolü ve işlevi köklü bir şekilde irdelenmiş, kamu yönetimi reformu birçok ülkenin gündemine girmiştir."³³⁶

Raporda yeni dünya düzeninin kurucu öğeleri olarak sayılanlara ilişkin bir açıklama ve değerlendirme çabası bulunmadığı gibi, yeni dünya düzeninin getirdiği reformun gerekliliği, içeriği ve sonuçları da tartışma dışı bırakılmış ve eleştirisiz kabul edilerek plan hedefi olarak aktarılmıştır. Sanayi toplumu, bilgi toplumu, Fordist üretim, esnek üretim, ulus devlet, küreselleşmiş dünya, modernist düşünce, postmodern dünya, yönetim, yönetişim, yeni dünya düzeni, yapısal uyum, piyasa reformları, devletin iktisadi yaşamdaki rolü, özelleştirme kavramları hangi anlamlar yüklendiği açıklanmadan kamu yönetiminin dönüştürülmesinin gerekçesi olarak iki paragrafa sıkıştırılmıştır. Rapor, kaçınılmazlık ve alternatifsizlik yaklaşımının iyi bir örneğidir.

Dünya'da II. Büyük savaş sonrası sınıai politika, kalkınmayı ve sanayileşmeyi gerçekleştirmede pazar güçlerine dayanmanın mümkün olmadığını ifade eden "piyasa yetersizliği (*market failure*)" düşüncesine göre oluşturulmuştu; Planlama ve kamu girişimciliği ile ulusal kalkınma sağlanacaktı. Günümüzün siyasi ve iktisadi paradigması ise "devlet başarısızlığı, yetersizliği (*state failure*)" düşüncesine dayanmakta; temel ilke olarak pazarı güçlendirme ve devlet müdahalesini enaza indirme kabul edilmektedir.³³⁷

Bu çerçevede Türkiye'de devlet işlevlerine ilişkin bir dönüşüm yaşanmaktadır. Öncelikli hedef olarak, devletin iktisadi alanlarda doğrudan girişimci olarak bulunduğu faaliyetleri seçilmiştir. Devlet iktisadi girişimlerinde yatırımların sınırlanması, yeni yatırımlara gidilmemesi, bunların iktisadi, siyasi ve özellikle

için bkz Rune Premfors, "Reshaping the Democratic State: Swedish Experiences in a Comporative Perspective", **Public Administration**, sy.76, 1998, s.141-159

³³⁶ **Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı**, "Kamu Yönetiminin İyileştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Özel İhtisas Komisyonu", Ankara, 2000, s.10-11

³³⁷ David Parker, (ed.), **Privatisation in the European Union, Theory and Policy Perspectives**, London, Routledge, 1998 s.8-9

ideolojik olarak geriletilmesi ilk safhayı, özel kesime satılması ve satılamayanların kapatılması ikinci aşamayı oluşturmaktadır.

KİT'lerin sanayi alanında yeni yatırımlara girişmemesi, başlanmış yatırımların olarak ölçüsünde bir yana bırakılması 1980'li yılların ana politikası olmuştur.³³⁸

Enerji, haberleşme ve madencilikte gibi temel dallarda çok büyük ve mali hizmetlerde de önemli ağırlığı olan devlet iktisadi girişimleri 1980 sonrası izlenen politikalarla, bazı rehabilitasyon çalışmaları dışında hemen tamamiyle kendi kaderlerine terkedilmiştir. Bu durum, OECD'nin 1992 yılında hazırladığı bir raporda "KİT'lere yaşama şansı tanınmamıştır. Hiçbir ünite kapatılmamış, 1980 ile 1988 arasında hiçbir yenilemeye gidilmemiştir. 1985 ve 1990 arasında, yatırımlar sanayi kesimindeki KİT'lerde %77, madencilikte %76 oranında geriletilmiştir. Tüm KİT'lerde genel azalış %47'dir. Sermaye aşınması ise, ortalama %30 dolayındadır" şeklinde saptanmaktadır.³³⁹ Kamu girişimlerinin bu ihmal edilme sorununa bir de genel işsizliğin ve siyasi kayırmacılığın yol açtığı aşırı istihdam sorunu eklenmelidir. "KİT yatırımlarındaki ana düşüşün sanayi sektöründe, özellikle de imalat alt sektöründe yaşanması, kamu kesiminde bilinçli olarak *sanayisizleştirme* politikası izlendiğinin kanıtıdır. ... Yeni yatırım yapmayan KİT'ler, yeni üretim yöntemleri ya

³³⁸ Bu politikanın açıklandığı çeşitli metinlere bir örnek: Şubat 1980'de dönemin Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarı Turgut Özal'ın Dünya Bankasına gönderdiği niyet mektubunda "kaynakların devlet sektörü dışına köklü bir yeniden yönelimi politika amaçlarımız arasındadır" denmektedir. Dünya Bankası ile imzalanan yapısal uyum anlaşmalarında da kamu sektörünün yeniden yapılandırılmasına ilişkin taahhütler bulunmaktadır. Oktar Türel, "KİT Sisteminin Çöküşü", **Cumhuriyetin 75.Yılında Kamu Hizmeti, Kamu Mülkiyeti**, Ankara, KİGEM, 1998, s.44

³³⁹ OECD, **Economic Survey: Turkey**, Paris, 1992'den aktaran, Önder, "Özelleştirmeye Genel Yaklaşım", s.31; Aynı saptama, 1985-1995 dönemini kapsayan bir başka araştırmada da ortaya konmaktadır: "KİT yatırımlarının toplam yatırımlar içindeki payı, 1985'te %38 iken, gerçekten çok hızlı, hatta şiddetli biçimde, 1995'te % 5,3'e düşülmüştür. İlk büyük düşüş 1988'de, hızlı bir özelleştirme hamlesi başlatıldığı ve bazı büyük KİT işletmeleri sistemin dışına atıldığı zaman yaşanmıştır", Korkut Boratav **et al.**, **KİT Sisteminin İktisadi Değerlendirilmesi, Nicel İrdeleme, Özelleştirme Sorunları ve Politika Seçenekleri**, Ankara, KİGEM, 1997, s.10-11; KİT'lerin kamusal finansmanına getirilen kısıntı, banka sisteminden yüksek faizle borçlanma yoluyla giderilmeye çalışılmış ve bunun yarattığı sonuçlar KİT sisteminin başlıca sorunları arasına girmiştir.

da teknolojileri kullanma olanağı kalmayacağından, uzun dönemde gereksiz ve kullanışsız hale gelecektir.”³⁴⁰

Bu sadece devletin sınai veya ticari kamu hizmetleri için sözkonusu olan bir durum değildir. Egemenliğe değgin kamu hizmetleri de dahil, kolluk hizmetleri dışında, kamu hizmetleri genel bir yoksullaşma yaşamaktadır. “Kamu hizmetlerinin yoksullaşması”ndan, eğitim, sağlık ve adalet hizmetleri tam anlamıyla payını almaktadır.

1985 yılında, Dünya Bankası kredisi kullanılarak, Morgan Guarantee Trust Company isimli şirkete “Özelleştirme Master Planı” hazırlanmış ve bu çerçevede özelleştirmelere başlanılmıştır.³⁴¹

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı özelleştirmeye başlangıç yılı olarak 1984’ü göstermektedir. Başkanlığın çıkardığı özelleştirme bilançosuna göre, “özelleştirme çalışmaları, 1984 yılında kamuya ait yarım kalmış tesislerin tamamlanması veya yerine yeni bir tesis kurulması amacı ile özel sektöre devri ile başlatılmıştır. 1986 yılından itibaren hız kazanan ve tamamı kamuya ait veya kamu iştiraki olan kuruluşlardaki kamu paylarının özelleştirme kapsamına alınmasıyla yürütülen program çerçevesinde, İdare tarafından bugüne kadar Kardemir de dahil olmak üzere 162 kuruluşta hisse senedi veya varlık satış/devir işlemi yapılmış ve bu kuruluşlardan 143 tanesinde hiç kamu payı kalmamıştır.”³⁴²

Özelleştirmeye yönelik ilk hukuki düzenleme, 2983 sayılı Yasayla (R.G. 17.3.1984, sayı 18344) yapılmıştır. Yasanın amacı, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunlara ait tesislere, hisse senedi ihracı yoluyla gerçek ve tüzelkişelerin ortak edilebilmesine veya bu tesislerin işletme hakkının belli sürelerle devrine olanak tanımadır. Aynı yıl çıkarılan, kamu iktisadi teşebbüslerine yeni bir hukuki yapılandırma getiren 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede (R.G. 18.6.1984, sayı 18435) özelleştirmeye ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır (tasfiye, devir,

³⁴⁰ Boratav et al., **KİT Sisteminin İktisadi Değerlendirilmesi...**, s.12

³⁴¹ Önder, “Özelleştirmeye Genel Yaklaşım”, s.32-33

³⁴² <http://www.öib.gov.tr>, 6.4.2001

satış ve işletme haklarının verilmesi). Yine aynı yıla ait, 3096 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevleri Hakkında Kanun (R.G. 19.12.1984, Sy.18610), elektrik enerjisi konusunda iki özelleştirme yöntemi düzenlenmiştir. Özel kişilerin, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerini “kurma ve işletmesi” ve kamuca kurulmuş tesislerin özel kişilerce işletilmesi. 1986 yılında özelleştirmeye ilişkin genel bir düzenleme yapılmıştır. 3291 sayılı kısaca Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesine İlişkin Kanun (R.G. 3.6.1986, sayı 19126). Pek çok yasanın değiştirilmesine ve bazı yasaların yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler getiren Yasanın sadece iki maddesi özelleştirmeye ilişkindir. Bu şekilde ortaya çıkan hukuki yapının zayıflığı ve karmaşıklığı karşısında, özelleştirme uygulamaları zorlaşmış; geniş kapsamlı genel bir özelleştirme yasası ihtiyacı doğmuştur. İhtiyacı karşılamak için genel kapsamlı bir yetki yasası çıkarılmış ve hükümete, özelleştirme uygulamaların düzenlemek için, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir (11.5.1994 tarih ve 3987 sayılı Kanun). Yetki Yasası ve bu yasaya dayanılarak çıkarılan beş kanun hükmünde kararname (530, 531, 532, 533, 546) Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Bunun üzerine, 24.11.1994 tarihinde, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun çıkarılmıştır (R.G. 27.11.1994, sayı.22124). 4046 sayılı Kanunla, Özelleştirme Yüksek Kurulu ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı şeklinde iki yeni yapı oluşturulmuş, özelleştirme kapsamı ayrıntılı ve geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Özelleştirme yöntemleri sayılmış, izlenecek usul ayrıntılı olarak belirtilmiştir.³⁴³ Bu düzenlemelerin dışında, çeşitli yasalara ve yasa altı hukuki araçlara dağılmış birçok düzenleme bulunmaktadır.³⁴⁴ Devlet Memurları Kanunu’nda

³⁴³ Özelleştirmenin anayasa hükmü haline getirilmediği bir döneme ait olsa da özelleştirmenin hukuki dayanağına ilişkin önemli bir çalışma için bkz. Turgut Tan, “Özelleştirme”, **İHİD.**, sy.1-3, 1988, s.271

³⁴⁴ Özelleştirme konusunda uzun süren yasal dayanak tartışmalarından sonra 4046 sayılı genel özelleştirme Yasası çıkarılmıştır. Ancak, mevzuattaki dağınık biçimde yer alan düzenlemeler nedeniyle yetki konusunda karışıklıklar devam etmektedir. 4046 sayılı yasanın kapsamı ile diğer özelleştirme yasalarının kapsamı kesişmektedir. Kanımızca 4046 sayılı yasa, konusu itibarıyla özel nitelikli yasadır. Özelleştirme uygulamalarına ilişkin, yetkili

1988 yılında yapılan değişiklik örnek verilebilir. Buna göre 36. maddeye bir fıkrâ eklenerek yardımcı hizmetler sınıfındaki³⁴⁵ kamu görevlilerinin yaptığı işlerin “üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürölmesi mümkündür.”

Türkiye’de gerçekleştirilen yeniden yapılanma ve özelleştirme çalışmalarında yeni-liberal dalğanın kurumsal mekanizmaları, örneğın İMF istikrar programlarıyla, Dünya Bankası yapısal uyum programlarıyla, AB gümrük birliğı ve aday adaylığı süreciyle (yol haritası ve karşılığı ulusal program) etkili olduğı gibi, özellikle İngiltere ve Avrupa Birliğı uygulamaları esas alınarak şekillendirilen yeni paradigma da önemli etki göstermiştir. Türk idarecilerinin, siyasetçilerinin ve yer yer üniversite çevrelerinin kullandığı dil bu yeni paradigma çerçevesinde şekillenmektedir. Bunda, üniversitelerde İngilizce’nin ve İngiltere ile ABD’de doktora yapmanın ağırlık kazanmasının önemli bir etkisi olmuştur. Kamunun reform programlarında da örnek buralar olmaktadır. Örneğın, merkezi idarenin taşra örgütlenmesi bulunmamasına, kaymakamlık muadili bir kuruma sahip olmamasına karşın, uzun bir süreden beri kaymakam adayları, İngilizce eğitimi verildikten sonra, İngiltere’ye staja gönderilmektedir.

VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planı (2001-2005), kamu yönetiminin tabi olduğı hukuksal yapının sorgulanmasını da öngörmektedir. "Kamu Yönetiminin İyileştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Özel İhtisas Komisyonu" raporunda kamu hukukunun Türk idaresinin gelişimini engellediğı vurgulanmaktadır. "Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşundan bu yana, kamu yönetimine kamu hukuku yaklaşımı hakim olmuştur. Bu anlayışın gereğı olarak, kamu sektöründe görev alanları, kuruluşların organizasyonları, kamu yöneticilerinin ve çalışanların yetki ve sorumlulukları ile iç kontrol mekanizmaları kanun ve yönetmeliklerle

makam, özelleştirmede uygulanacak yöntemler, karar alınma prosedürü, değer tesbit çalışmaları, çalışanların hakları, rekabet, stratejik hizmetler vb. konularında, özel hükümler içermektedir. Sonraki kanun ve özel kanun olması diğer kanunları zımnen kaldırdığı sonucuna varmamızı sağlayabilir.

³⁴⁵ Kurumlarda her türlü yazı ve dosya dağıtma, müracaat sahiplerini karşılama, hizmet yerlerini temizleme, aydınlatma, ısıtma, ilaçlama, ölçüm; kurumlarda, çarşı ve mahallelerde koruma hizmetleri gibi “ana hizmetlere yardımcı mahiyetteki” hizmetler.

düzenlenmiştir. Bu nedenle kamu yöneticilerinin eylem alanı ve takdir hakkı da sınırlıdır. Mevcut yapı, kamu kurumlarının değişen koşullara uyum sağlamasını zorlaştırmaktadır."³⁴⁶

Bu yaklaşım, kamu hukuku geleneği dışındaki sistemlerde (common law geleneğinde) idarenin kuruluş ve işleyişinde hukuka bağlı olmadığı, kendi iradesi ve malvarlığı üzerinde mutlak tasarruf serbestisine sahip bireyler gibi irade hürriyetiyle hareket ettiği yanlış varsayımını taşımaktadır. Bu yanlış varsayım bir yana, Kara Avrupası kamu hukuku geleneğinden kopuş isteğinin planlama metinlerine yansımış olması ilginçtir.

Aşağıda, yeni model olarak sunulan İngiltere ve Avrupa Birliğinde kamu hizmetine ilişkin kısa değerlendirmeler yapılmaya çalışılacaktır.

C. Türk İdaresi İçin Yeni Modeller

1. İngiltere

İngiltere'nin en önemli özelliği, 1974 petrol şokuyla başlayan krize, eski iktisat politikalarından kesin kopuşu ifade eden araçlarla yanıt veren ilk ülke olmasıdır. İngiltere'de Thatcher ve ABD'de Reagan iktidarları, ülkelerinde refah devleti uygulamalarının ve kurumlarının kesin şekilde tasfiye edilmelerini sağlamıştır.

İngiltere'nin önemi, Avrupa Birliğinin kamu sektörü ve kamu hizmetine ilişkin uygulamalarında öncülük ve örneklik etmesidir. Ayrıca Thatcher ile başlayan politikaların, yine Muhafazakâr Major ve İşçi Partili Blair döneminde de, farklı vurgularla olsa da süreklilik göstermesi, refah devleti dönemi solunun yeni döneme, dönüşerek uyum sağlayacağını göstergesi olması bakımından önem taşımaktadır.

İngiliz kamu yönetimi, son yirmi yılda özelleştirme, sözleşmeyle hizmet gördürme (*contracting out*), taşeronlaştırma gibi “yeni kamu yönetimi” olarak adlandırılan bir dizi yapısal, hukuksal ve yönetsel değişikliklerle dönüşüme

³⁴⁶ **Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı**, "Kamu Yönetiminin İyileştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Özel İhtisas Komisyonu", Ankara 2000, s.4

uğramıştır. 1979 Thatcher iktidarı, devletin rolü konusunda savaş sonrası oluşan uzlaşının sonunu simgelemektedir. Nüfusun büyük çoğunluğunun beşikten mezara kadar pek çok ihtiyacını karşılayan; temel üretim ve dağıtım araçlarının sahipliği ve denetimiyle ekonominin motoru olan devletin işlevleri konusundaki uzlaşısı Thatcher'in iktidarıyla dağılmıştır.³⁴⁷ Türkiye'de bu uzlaşının dağılması Özal iktidarıyla başlatılabilir; ancak, bu simgesel bir başlangıçtır zira bu uzlaşının dağılması yetmişli yıllara rastlar.

Devleti dönüştürmeyi temel hedef yapan Thatcher'ci sağ devrim ve onun izleyicileri, yapılan reformlarla devletin sınırlarını daraltmayı amaçlamışlardır. Özelleştirme, verimlilik, tasarruf denetimleri (*value form money audit*), yeni kamu yönetimi, *Next Steps* yürütücü kurulları, kamu seçimi, kamunun bilgilendirilmesi, müşteriye karşı doğrudan sorumluluk arayışları, hizmetleri sözleşmeyle gördürme uygulamaları, kamu yönetimi içinde pazar oluşturma, Vatandaş Bildirgesi ve Açık Hükümet Bildirisi. Farklı adlar alan bu reform girişimleriyle, birey ve devlet ilişkisini dönüştüren, kamu hizmetlerinden sorumluluk kavram ve mekanizmalarını değiştiren yeni ve esaslı biçimde farklı bir kamu hizmeti anlayışı geliştirilmeye çalışılmıştır.³⁴⁸ Temel mantık, idarenin satıcıya, kamu hizmetlerinden yararlananlar ise müşteriye dönüştürülmesidir.

İngiltere'nin reform faaliyetlerinin yönlendirici ilkeleri olarak “etkenlik, etkililik ve sorumluluk” (*efficiency, effectiveness, accountability*) ilkeleri ortaya konmuştur. Amaç, tüm kamu üretiminde sürekli kalite/fiyat denetimi yaparak kamu harcamalarını düşürmektir.

³⁴⁷ Rodney Austin, “Administrative Law’s Reaction to the Changing Concepts of Public Service”, **Administrative Law Facing the Future, Old Constraints & New Horizons**, Ed. Peter Leyland, Terry Woods, London, Blackstone Presse, 1998, s.1; Bu uzlaşının dağılmasında kullanılan ideolojik araçların hazırlanması, bunda entelektüellerin ve uluslararası liberal *think tank*lerin rolü ile Thatcher uygulamaları için bkz. Keith Dixon, **Les évangélistes du marché, Les intellectuels britanniques et le néo-libéralisme**, Paris, Raison d’Agir, 1998

³⁴⁸ Austin, “Administrative Law’s Reaction to ...”, s.2

Yerel yönetimlerin yerine getirdiği kamu hizmetleri için (zaten merkezin taşra teşkilatı bulunmamaktadır) 1991 yılından itibaren sistematik olarak “piyasa sınaması (*market testing*)” yöntemi uygulanmıştır. “Piyasa sınaması” her hizmet için yapılması zorunlu olan dört aşamalı değerlendirmenin dördüncü aşamasını oluşturmaktadır. İlk olarak varolan hizmetin gerçekten bir ihtiyaç olup olmadığı değerlendirilir. İhtiyaç yoksa hizmet kaldırılır. İhtiyaç varsa, ikinci aşamada, hizmetin özelleştirilebilirliği değerlendirilir. Mümkünse özelleştirilir. Üçüncü aşamada, kaldırılmamış ve özelleştirilememiş hizmet varsa bunun mutlaka kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi gerekmez, sözleşmeyle özel kişilere gördürülür. İlk üç olasılıktan hiçbiri gerçekleşmemişse dördüncü aşamada, “piyasa sınaması” yöntemine başvurulur. Piyasa sınaması yönteminde yine hizmetin idare dışına gördürülmesi için ihaleye çıkılır ancak bu kez kamu görevlileri de ihaleye katılırlar. İlgili hizmet biriminin kamu görevlileri, ancak piyasadan daha düşük fiyat verirlerse hizmeti yürütebilirler. 1993 yılı itibariyle bu yöntem “sayesinde” 170 bin kamu görevlisi işten çıkarılmış bunların bir kısmı aynı hizmeti gören özel girişimcinin düşük ücretli güvencesiz işçilerine dönüşmüştür. Polis hizmeti dışında hemen hemen her hizmeti biriminde piyasa sınaması uygulanmaktadır. 1992 yılından itibaren uygulama merkezi idareye de genişletilmiştir.³⁴⁹

Bu reformların çoğu herhangi bir yasal düzenleme gereği hissedilmeden gerçekleştirilmiştir.³⁵⁰

Reformların hayata geçirilmesinde Thatcher, merkezi ve otoriter politikalar geliştirmiştir. “Hükümet politikalarına gelebilecek tepkiler bastırılarak ve

³⁴⁹ Katherine Varin, “Les services publics au Royaume-Uni”, **Un service publics pour les Européens? Diversité des traditions et espaces de convergence**, Ministère de l’Équipement, des transports et du logement, Paris, La documentation française, 1997, s.200-2001; Ayrıca bkz. John Bell, “L’expérience britannique”, **AJDA**, özel sayı, 1997, s.133

³⁵⁰ Austin, devletin ve kamu kuruluşlarının faaliyetini düzenleyen idare hukukunun, bu radikal dönüşüme dinamik bir tepki vermesi beklenirken şaşırtıcı biçimde böyle bir tepki gelmediği saptamasını yapmaktadır, **Ibid.** ; Muhtemel başarısı idare hukukunu büyük ölçüde zayıflatacak olan dönüşüme Türkiye’de de idare hukukçularından açık bir tepki gelmemiştir.

etkisizleştirilerek iktidar merkezileştirilmiş ve otoriter bir hale getirilmiştir.”³⁵¹ İngiliz siyasal sisteminde iktidar tepeden tabana yayılır. Bunun sakıncaları hükümetlerin temel siyasal ve iktisadi güç odakları arasında uzlaşma yaratma çabalarını esas alan politik kültür tarafından telafi edilir, ancak sözkonusu dönemde hükümetler bu kültürü reddetmiş, yerel yönetimler, sendikalar, üniversiteler, baskı grupları ve meslek örgütleri gibi yapıları hesaba katmadan iktidarı kullanmış; kamu düzenini sağlamak gerekçesiyle tüm tepkileri baskı altına alan kolluk düzenlemelerine gidilmiştir.

Reformlar, yerel yönetimlerin yetkileri, sendikalar, üniversiteler meslek kuruluşları ve benzeri temsili örgütlerin etki güçleri kısılarak merkezi yönetim gücü artırılarak hayata geçirilmiştir. Uygulanan yöntemler, hükümet politikasına karşı çıkan birimlerin ilga edilmesinden,³⁵² mali kaynakları kullanarak yönlendirmeye kadar geniş bir yelpazeden seçilmiş; sendikaların faaliyetleri neredeyse yasadışına taşmadan hak aramalarına imkân bırakmayacak derecede sınırlandırılmıştır.³⁵³

Çelişik gibi görünse de bir yandan devlet yönetimi merkezileştirilirken diğer yandan devletin küçültülmesi amaçlanmış, kamu hizmetleri dağıtılmış, kullanıcıların yerine tüketiciler (müşteriler) konulmaya çalışılarak vatandaşın devlet karşısındaki gücünün artırılacağı düşünülmüştür. Gerçekte iki gelişme arasında bir çelişki bulunmamaktadır. Sözkonusu olan kamu hizmetlerinin bileşiminde bir değişiklik yaşanmasıdır. Yararlandırıci kamu hizmetleri hızla piyasaya devredilirken, bunu hayata geçirmek için gerekli olan iktidar ve bu gerilemenin doğuracağı muhtemel toplumsal huzursuzlukları bastırmak üzere, klasik olarak “kolluk” olarak adlandırdığımız düzen sağlama hizmetleri ağırlık kazanmaktadır.

³⁵¹ **Ibid**, s.9-11

³⁵² Örneğin, 1986 yılında yerel yönetimler reformunu gerçekleştiren gelebilecek tepkilerin önünü önceden kesmek için Londra belediye yönetimi kaldırılmıştır. Yeni sağ politikaları yerleştirmek için İngiliz yerel yönetim geleneğinden önemli bir kopuş yaşanmıştır. Varin, “Les services publics au Royaume-Uni”, s.200

³⁵³ Rodney C. Austin, “Le concept de service public en droit britannique”, **Vers un service public européen**, Paris, ASPE Euro Editions, 1996, s.144

Devlet işlevlerinin yeniden tanımlanması, yararlandırııcı hizmetlerin gerilemesi ve kayıtlayıcı (bastırıcı) hizmetlerin genişlemesiyle otoriter bir yönelim kazanmıştır. Toplumsal tepkilerin açığa çıkmasını önlemek tepki kanalları kısıtlanmış, örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde polise gösterinin yerini, boyutunu, süresini ve tarihini belirleme konusunda önemli yetkiler verilmiştir.³⁵⁴

İngiltere yeniden yapılanmasını iki yönden değerlendirebiliriz. Bir yandan kamu hizmetleri, özellikle devletin iktisadi girişimleri hızla özelleştirilerek tasfiye edilmiştir.³⁵⁵ Öte yandan, kamu örgütlenmesinde piyasa ilkelerini esas alan reformlar gerçekleştirilmiştir.

1979’da ilk seçildiklerinde Muhafazakar Partinin seçim vaatleri arasında özelleştirme, seçmen tepkisinden çekinildiği için, yer almamıştır. Thatcher’ın ilk döneminde 25 devlet girişimi özelleştirilmiştir; 1983 seçimlerinden sonraki ikinci dönemde özelleştirme politikası temel kamu hizmetlerini de içine alacak biçimde genişletilmiştir. Bu dönemde ilk büyük özelleştirme uygulaması, 1984’te *British Telecom*’un satışıyla gerçekleştirilmiştir. 1986’da tam bir tekel olan *British Gas*’ın da özelleştirilmesiyle, 1987 sonu itibarıyla kamu sektörünün %20’den fazlası özel sektöre devredilmiştir. 1989 yılında, 1987 ve 1992 arasındaki üçüncü iktidar döneminde elektrik ve su temel kamu hizmetleri de özelleştirilmiştir. Demiryolları ise Thatcher sonrası, yine Muhafazakar, Major hükümeti tarafından 1993 yılında özelleştirilmiştir. İşçi Partisi iktidara gelmiş olmakla birlikte, Blair hükümetinin özelleştirilen sektörler için bir devletleştirme planı bulunmamaktadır. Dahası, Blair hükümeti Londra Metrosu’nun ve Posta hizmetlerinin özelleştirilmesini

³⁵⁴ **Ibid.**, s.145

³⁵⁵ İngiltere’de 1979 yılından beri kamu sektörünün % 50’si özelleştirilmiştir. 1979-1992 arası kamu personelinin sayısı %24 (554 bin) azalmıştır. Rod Rhodes, “The Hollowing Out of the State: The Changing Nature of the Public Service in Britain”, **The Political Quarterly**, c. 65, s.2, 1994, s.139

amaçlamaktadır.³⁵⁶ Blair, Thatcher'ın "sadık mirasçısı" olarak nitelendirilmektedir.³⁵⁷

Doğrudan satışların gerçekleştirilmesinin yanısıra, idari yapının ve işleyişin değiştirilmesine yönelik köklü reformlar yapılmıştır.

Devletin küçültülmesi, vatandaşın müşteriye dönüştürülmesi hedeflenmiştir. Amaç vergiler aracılığıyla devletin doğrudan hizmet sunmasına son vermektir. Vergileri azaltıp kaynakları vatandaşların eline bırakarak vatandaşı seçim yapan müşteriye dönüştürmek; özelleştirme, sözleşmeyle devretme, rekabete açma vb. yöntemlerle hizmetleri piyasaya devretmek veya kamuya piyasa işleyişini sokmak ve böylece müşteri kaybetmek istemeyen hizmet sunucularının fiyatları düşürüp kaliteyi artırmasını sağlayarak piyasa disiplinini kamuda da gerçekleştirmek amaçlanmıştır. Bu amaçla hükümet ölçülebilir nicel ve nitel hizmet standartları oluşturulması ve bunların, müşteri/vatandaşların tercihlerini yönlendirmek üzere kamuya duyurulması yoluna gitmektedir.³⁵⁸ İngiltere'deki dönüşümü sağın devrimi, vatandaş/tüketicinin yaratılması, devletin özelleştirilmesi ve kamu hizmetleri sunumunda piyasa işleyişinin uygulanması olarak özetleyebiliriz.³⁵⁹

İngiltere'de devletin dönüşümü aşama aşama gerçekleştirilmiştir. Temel mantık iktisadi liberalizmin piyasa belirleyiciliği ilkesinin kamu örgütlenmesine uygulanmasıdır. Tüm reformlar bu amaca ulaşmak için gerçekleştirilmiştir. "Serbest piyasa disiplini kamuya sokulduğunda, kamu hizmeti sunucusu en iyi hizmeti vermek zorunda kalacaktır, zira aksi takdirde vatandaş/tüketicinin ödeyebileceği fiyattan hizmet sunabilme kapasitesine sahip daha rekabetçi bir sunucu lehine piyasayı

³⁵⁶ Keith Syrett, "İngiltere'de Özelleştirme: Siyasal ve Hukuksal Temelleri" (Çev. Bülent Duru), **AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesinde 15 Mayıs 2000 tarihinde verilen Konferas**, s.10-12

³⁵⁷ Keith Dixon, **Un digne héritier, Blair et le thatcherisme**, Paris, Raison d'Agir, 2000; Türkiye'de uygulanmaya çalışılan "yap-işlet-(sahip ol)" yönteminin, Blair döneminde kamu-özel işbirliği çerçevesinde geliştirilen "özgün" bir yöntem olduğunu görüyoruz. s.74.

³⁵⁸ Austin, "Administrative Law's Reaction to the Changing Concepts of Public Service", s.12

³⁵⁹ Austin, "Le concept de service public en droit Britannique", s.146

kaybedecektir. Bu piyasa işleyişinin sağlanabilmesi için, kamuda ilanı zorunlu ölçütler, ilkeler vs getirilerek tüketicilerin hizmetin nitelikleri konusunda haberdar olmaları sağlanmalıdır."³⁶⁰

İlk aşama (*First Steps*) ile yeni kamu yönetimi politikaları (*The new public management*)³⁶¹ uygulanmaya konmuştur. Merkezi idarededeki kamu görevlilerinin sayısı önemli oranda azaltıldıktan sonra yeni işletme teknikleri geliştirip uygulanmaya başlanmıştır. Bunun ilk örneği, belirli idari programların verimlilik değerlendirmesini öngören "*Rayner yöntemi*"dir. Bunu daha esaslı bir dönüşümü öngören, 1997'de uygulanmaya başlanan "*Bakanlar için işletme bilgi sistemi (Management Information System for Ministers)*" izlemiş ve bu "*mali işletim insiyatifine (Financial Management Initiative [FMI])*" dönüştürülmüştür. FMI'nin amacı, idari birimlerdeki mali yönetimle işi yerine getirme sorumluluğunu ayırmaktır. İlk Aşama'da etkenlik, etkililik ve başarımlar ölçütleri geliştirilmiş; tasarruf önlemleri (*Value for money*) uygulanmıştır.³⁶²

Etkenlikten ziyade maliyet unsuruna önem verilmesi ve bütçe denetimi zorluğu gibi nedenlerle FMI tekniği uygulamada istenilen olumlu sonuçları verememiş, bunun üzerine özerk kamu yönetimi birimleri (agency) oluşturulmasını öngören İkinci Aşamaya (*Next Steps*) geçilmiştir. *The Next Steps Agencies*. "Klasik kamu

³⁶⁰ **Ibid.**, s.147

³⁶¹ İngiltere'de "*public administration*" kurumundan "*public management*" kurumuna bir geçiş yaşanmıştır. İki terim arasındaki farklılığı yansıtabilecek bir Türkçe karşılık bulmak gerekmektedir. Klasik olarak, "*public administration*", kamu yönetimi terimiyle karşılanmaktadır. "*Public management*" teriminin sözcüğü sözcüğüne çevirisi olarak "kamu işletmesi" önerilebilir. Ancak bu, devletin sınıai veya ticari kamu hizmetlerinin örgütlenme biçimlerinden biri olan kamu işletmeleri ile karışmakta ve terimi bağlamından koparmaktadır. "*Administer*" ve "*manage*" karşılığı olarak Türkçe sözlüklerde "yönetme" verilmektedir. "*Administer*"den farklı olarak İngilizce sözlüklerde "*manage*"in ilk anlamı bir işi, işletmeyi yönetmektir. Konumuz bağlamındaki kullanımda da bu tip bir fark bulunmaktadır. Kamu yönetiminin bir işletme, kamu hizmeti vermenin piyasaya bir arz olarak, bundan yararlananların da tüketici/müşteri olarak düşünülmesi bu alanı inceleyen disiplinin adının değişmesi sonucunu da doğurmuştur. Kamu faaliyetinin yalın bir yönetim (administration) olarak değil, bir işletme (management) olarak adlandırılması sözkonusudur. Türkçe karşılık bulmanın güçlüğü karşısında *public management* terimi şimdilik "*yeni kamu yönetimi*" olarak karşılanacaktır.

³⁶² Austin, "Le concept de service public en droit britannique", s.148 -149

yönetimi yapısından bağımsız, büyük özerklikleri ve geniş takdir yetkileri olan, bütçeleri ve personeli üzerinde söz sahibi bulunan yeni kurumlar yaratılmıştır. Politikayı bakanlıklar üretmekte, fakat bunu klasik bakanlık teşkilatı değil yeni kurumlar hayata geçirmektedir. Nihai olarak bakanların siyasi sorumluluğu altındadırlar ve hazinenin kaynak vermedeki tavrı nedeniyle fiilen hazineye de bağımlıdırlar. Bu kurumlarda, özel sektörden geçme yüksek ücretli yöneticiler çalıştırılarak ve özel sektör işletme teknikleri uygulanarak özel sektörün masraf duyarlı ve kâr güdümlü ethosu yerleştirilmiştir."³⁶³

Hizmet harcamalarının sadece hukukiliği değil, iktisaden etkili ve verimli olup olmadığı da denetlenmeye başlanmıştır (value for money audits).³⁶⁴ Kömür, çelik, otomotiv, gaz, elektrik, su, kanal, ulaşım, telekomünikasyon vb. gibi alanlarda millileştirilmiş sanayiler ve kamu işletmeleri (utilities) özelleştirilmiştir. Özelleştirilen faaliyetleri düzenlemek ve hizmetlerin etkili ve uygun fiyatlarla sunulmasını sağlamak için düzenleyici kurullar oluşturulmuştur.³⁶⁵

Dönüşümün ideolojik temelini “kamu seçimi kuramı” (*public choice*) oluşturmaktadır. Hizmet sunan devletin hizmetin içerik, nitelik ve yoğunluğuna karar vermesini ifade eden paternalist devlet geleneğinden esaslı bir kopuşu temsil eden yeni anlayışa göre, hizmetler konusunda belirleyici karar tüketicilere ait olacaktır. Müşterilerin doğru karar alabilmesi ise bilgilendirilmelerine bağlıdır. Tüketici tercihi ve kamunun bilgilendirilmesi önem kazanmıştır. Bu nedenle tüm hizmet sunucu kamu birimleri, hizmete ilişkin bilgileri ve bu arada performanslarını alenileştireceklerdir. Okullar, öğrencilerinin iş sınavlarındaki başarı derecelerini; sağlık teşkilatında bir iç pazar yaratılması için hastaneler, ölüm oranları da dahil olmak üzere klinik başarılarını ilan etmek zorundadır.³⁶⁶ Eskiden vatandaşın idaresi

³⁶³ Rodney Austin, “Administrative Law’s Reaction to the Changing Concepts of Public Service”, s.12-20

³⁶⁴ **Ibid.**

³⁶⁵ Austin, “Le concept de service public en droit britannique ”, s.152

³⁶⁶ **Ibid.**, s.153-154

(hükümeti) tarafından alınan kararlar, şimdi piyasada idarenin müşterisi tarafından alınacaktır.

Serbest rekabetin uygulanması, kamusal birimlerin birer iç pazar olarak algılanmasına kadar götürülmüştür. Piyasaya devredilmeyip (özelleştirilmeyip) kamunun elinde kalan alanlarda kamu içi rekabet yaratma yoluna gidilmiştir. Örneğin, sağlık teşkilatında özel hastane birlikleri ve muayenehaneler oluşturulmuş bunların kendi aralarındaki rekabetle maliyetlerini düşürmeleri amaçlanmıştır. Buna göre, ameliyatları daha ucuz fiyat veren hastaneler alacağı ve kaynak oraya akacağı için diğerleri de fiyatlarını düşürmek için çaba sarf etmek zorunda kalacaklardır.³⁶⁷

Rekabeti sağlama amacıyla, atık toplama, kamu binalarının bakım, onarım ve inşası, yolların bakımı, otoyolların inşası, cezaevlerinin inşası gibi hizmetler sözleşme yöntemiyle piyasa aktörlerine yaptırılmaktadır (*contracting-out*). Bu uygulamalar sonucunda ihalelerde benzer teklifler vererek rekabet ilkesini işlemez hale getiren ihale tekelleri oluşmuştur.³⁶⁸

Next Steps kurumlarının performans ilkeleri Yurttaş Şartı (*The Citizen's Charter*) ile belirlenmiştir. Austin, Şartı “II.Dünya Savaşı sonrası refah devletinin ortaya çıkmasından beri devlet ve devlet-vatandaş ilişkileri anlayışında görülen en köklü dönüşüm” olarak değerlendirmektedir.³⁶⁹ İlginç olan Reformlara hakim olan “yasadızlık” özelliğinin bu Şart için de geçerli olmasıdır: The Citizen Charter ne bir yasadır ne de bir yasal metindir. Bu Şartta, kamu hizmeti ilkeleri, kullanıcılar müşteri olarak kabul edilerek belirlenmiş; II. Dünya Savaşı sonrası uzlaşısına dayanan devlet-vatandaş ilişkisi kökten dönüştürülmüştür. Şarta göre, Kamu hizmeti sunan birimler hizmet standartları oluşturacak ve bunları ilan edecektir. Açıklık ve halkın bilgilendirilmesi sağlanacaktır. Tüketici tercihlerine duyarlı olunacaktır. Ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. Örneğin, hizmetlere ilişkin broşürler azınlıkta kalan dillerde de basılacaktır. Ulaşılabilirlik ilkesi gereği, hizmet personelin değil, müşterilerin

³⁶⁷ **Ibid.**, s.155

³⁶⁸ **Ibid.**, s.156

³⁶⁹ **Ibid.**

ihtiyaçlarına göre örgütlenip işletilecektir. Örneğin kamuda esnek çalışma saatleri getirilecektir. Hizmetin kötü işlemesi durumunda bunun gerekçeleri açıklanacaktır.³⁷⁰ Bu ilkeler dışında şart, kamu hizmetlerinde özelleştirmeyi, i rekabeti, görevlilerin ücretlerinin performansa bağlanmasını, hizmet sunumunda etkenlik ve verimlilik aranmasını da öngörmektedir. şart, kamu hizmetlerinde kalite vaad etmekte bunun yöntemi olarak da zelleştirme ve piyasa kurallarının uygulanmasını önermektedir.

Devletin dönüşümü kamu hizmetleri anlayışını da dönüşüme uğratmıştır. Kamu hizmeti artık kolektif bütün olarak kamunun hizmeti değil, bireysel tüketicilerin/müşterilerin özel ve sınırlı hizmetleridir. Kamu hizmetini sunanla kullanıcı arasındaki ilişki, özel alanın sözleşme ilişkisine dönüşmektedir. Hizmet sunanlar da halkın temsilcileri ya da hizmetlileri olarak değil, bireysel tüketicilerin talepleri doğrultusunda hizmet yürüten szleşmeliler olarak ortaya çıkmaktadır.³⁷¹ Kamu artık kamusal değil özel hizmet üreticisidir.

Kamu hizmeti sunan kamusal birimlerin kullanıcılara, daha doğrusu müşterilere karşı doğrudan sorumluluğu ilkesi, İngiltere'de hiyerarşik ve otoriter bürokrasinin demokratikleşmesini sağlamaktan ziyade, sunumunda ve değerlendirilmesinde piyasa ölçütlerinin geçerlilik kazanarak hizmetlerin kamusal niteliğinin zayıflaması sonucunu doğurmuştur.

Bu dönüşümün diğer bir sonucu da mahkemelerin kamu hukuku uygulama yetkilerinin sınırlandırılarak vatandaşların ve kamunun, özel koruma ve olanaklardan (geniş dava eşitleri, geniş *locus standi* anlayışı, basitleştirilmiş usul vb. gibi) yoksun bırakılmasıdır. Yargısal denetim sonucu geliştirilmiş olan temel kamu hukuku ilkeleri de (*fairness, legality, rationality*) zele terk edilen alanlarda uygulanamamaktadır.³⁷² Yargı denetiminin klasik ilkeleri, etkenlik, etkililik ve

³⁷⁰ Austin, “Administrative Law’s Reaction to the Changing Concepts of Public Service”, s.12-20

³⁷¹ *Ibid.*, s.22

³⁷² *Ibid.*, s.26-28

verimlilik gibi iktisadi saiklerle yapılan özelleştirme işlemlerinin denetiminde uygun araçlar olarak kullanılamamaktadır.

2. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı

Kamu hizmetlerine ilişkin Avrupa Birliği çerçevesinde geliştirilen yaklaşım, kamu hizmetlerinin ticarileştirilmesinin, serbestleştirilmesinin ve özelleştirilmesinin prototipidir. Köklerini İngiliz ve ABD uygulamalarında bulmak mümkündür. Özellikle kamu kesimi faaliyetlerini rekabete açmak için AB Komisyonunun geliştirdiği yöntemler Anglo-Amerikan hukuku kaynaklıdır. Avrupa Birliği açıkça bir liberal yönelim geliştirdiğine göre örneğin, karma ekonomi ve belediyeçilik hizmetleriyle özdeşleşen Almanya'nın ya da güdümlü ekonomisi ve gelişkin kamu hukuku uygulamasıyla öne çıkan Fransa'nın örnek olamayacağı açıktır.³⁷³ Anglo-Amerikan liberal uygulamalardan esinlenmede, Birlik ülkelerinde 1997 yılına kadar, liberal politikaları hayata geçirmeye çalışan hükümetlerin işbaşında bulunması da etkili olmuştur.

“Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı” ile kastedilen, AB yapılanmasının geliştirdiği ve sınırları içinde, kamu hizmeti faaliyetlerine uygulanmasını istediği hukuki çerçevedir. AB'nin geliştirip üye ülkelere sunduğu kamu hizmeti modeli dışında, AB kurumlarının kamu hizmetleri de bulunmaktadır.³⁷⁴ Örneğin, Avrupa Merkez Bankası, Avrupa Yatırım Bankası, Ekonomik ve Sosyal Komite gibi kurumlar ile Birliğin çevre, kalkınma, teknoloji ve güvenlik konulardaki faaliyetleri. Birlik kurumlarının, üyeleri aşan bir ortak ihtiyacı karşılamak üzere faaliyette bulunduğu açıktır. Ancak konumuzu, yeni gelişen bu tip Avrupa kamu hizmetleri değil, Avrupa Birliğinin geliştirdiği kamu hizmetleri modeliyle sınırlandıracağız.

³⁷³ Jean-François Auby, **Les service publics en Europe**, Paris, PUF, 1998, s.90

³⁷⁴ Birlik çerçevesinde gelişen kamu hizmetleri için bkz Loïc Grard, “Synthèse de l'approche sectorielle”, **Vers un Service public européen**, Paris, ASPE Europe editions, 1996, s.555-570

Avrupa Birliği hukukunda, kamu hizmetleri konusunda, farklı bir terminoloji hakimdir. “Kamu hizmeti” terimi sadece Kurucu Antlaşmanın 77. maddesinde taşımacılıkla ilgili olarak kullanılmıştır. Taşımacılıkta kamu hizmeti yükümlölüklerinin yerine getirilmesi için yapılan yardımlar Antlaşmaya aykırı sayılmayacaktır (Roma Ant. m. 77, yeni Amsterdam Birleşik metin m. 73)

Bunun dışında Kurucu Anlaşmada, direktifler ve tüzüklerde, bildirgeler ve ATAD kararlarında farklı yeni terimler kullanıldığı görölmektedir. Auby, Birliğin kamu hizmeti terminolojisinin, 11 Eylül 1996 tarihli Komisyon Bildirisine dayanarak, dört temel terimden oluştuğunu saptamaktadır. Ticari nitelikte olan ve olmayan kamu hizmetlerini ifade eden “**kamu yararı hizmetleri** (*service d’intérêt général*)”.³⁷⁵ Ticari nitelikteki kamu hizmetlerini ifade eden ve Roma Antlaşmanın 90. maddesinde (Amsterdam m. 86) kullanılan, “**iktisadi kamu yararı hizmetleri** (*service économique d’intérêt général*)”. Faaliyetin toplumsal işlevini vurgulayan, sadece 77. maddede taşımacılıkla sınırlı kullanılmış olan, “**kamu hizmeti** (*service public*)”. Kullanıcıların hizmet sunuculardan talep etmeye hakkı ve kamunun da bu nedenle sunuculara yüklemeye yetkili olduğu, yanına varılabilir bir fiyat ve kalitede, taban düzeydeki kamu hizmetlerini ifade eden “**genel hizmet** (*service universel*)”.³⁷⁶ Genel hizmet kavramı aşağıda da açıklanacağı üzere, kurucu belgelerde yer almamaktadır.

Birliğin kuruluş amacı, liberal ilkelere dayanan bir ortak pazarın yaratılmasıdır. Farklı hukuk ailelerine mensup devletlerin biraraya gelmesindeki uyum zorluğunun

³⁷⁵ “*Service d’intérêt général*” terimini, sözcüğü sözcüğüne çevirisi, “genel yarar hizmeti” olmakla birlikte, idare hukukumuzda yerleşmiş kamu yararı kavramını kullanarak “kamu yararı hizmetleri” ile karıştılamayı uygun buluyoruz.

³⁷⁶ Grard, “Synthèse de l’approche sectorielle”, s.86-87; Bunlar temel kavramlardır. Bu temel kavramlar dışında Topluluk mevzuatında kamu hizmeti teriminin aşırı duyarlılığını aşma gibi pragmatist kaygılarla zaman zaman kullanılan, tercümesi gerçekten güç olan, birtakım yeni kavramlar da geliştirilmektedir. Yukardakilere ek olarak: mahfuz hizmetler (*service réserve*), katma değerli hizmetler (*service à valeur ajoutée*), zorunlu hizmetler (*service obligatoire*), özgül hizmetler (*service spécifique*), taban (minimum) hizmetler (*service de base*). Rainaud, **La crise du service public français**, s.94

yanısıra, kurucu Antlaşmada kamu hizmeti kavramının yer almamasının önemli bir nedeni de budur.

Roma Antlaşmasında, işletmeler ve mallarda kamu sahipliği konusunda Antlaşmanın tarafsız olduğu, yani uygulanma bakımından kimin malik olduğunun önem arz etmediği açıkça düzenlenmiştir. 222. maddede “işbu Antlaşmanın ülkelerin mülkiyet rejimi sistemini düzenleyen kurallar üzerinde hiçbir etkisi yoktur” düzenlenmesi yer almaktadır. Ancak Birliğin üye ülkelerdeki mülkiyet rejimine yansızlığı, serbest rekabet ve ortak pazar ilkesi ihlal edilmediği oranda geçerlidir. Buna göre, devletin iktisadi kamu hizmetleri, serbest rekabet ilkesine aykırı faaliyet göstermediği sürece Roma Antlaşmasının kurduğu sistemle çelişmeyecektir.

Anlaşmanın mantığı, tüm iktisadi faaliyetlerin serbest rekabet ve dolaşıma tabi olmasıdır. Bu amaçla 37. maddenin I. fıkrasında üye devletlere ticari nitelikli devlet tekellerini, ayrımcılığı engelleyecek şekilde düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir.

90. maddenin I. fıkrasında (Amsterdam m. 86) devletlerin, kamu teşebbüsleri ile tekel veya imtiyaz sahibi teşebbüslere ilişkin olarak Antlaşma kurallarına ve özellikle 12. madde ile 81'den 89'a kadar olan maddelerde öngörülen kurallara aykırı karar alamayacağı düzenlenmiştir. Özellikle belirtilen bu maddeler sırasıyla "uyrukluk esasına dayanan ayrımcılık yasağına; rekabeti engelleyen, piyasanın işleyişini bozan şirketler arası anlaşmalar yasağına; hakim durumun kötüye kullanılması yasağına; rekabeti bozucu devlet yardımları yasağına ve bunların hayata geçirilmesinde Komisyon ve Konseyin yetkilerine ilişkindir. Özetle devlet işletmeleri ve devlet imtiyazcıları Antlaşmaya ve özellikle serbest ticaret kuralına aykırı haklara sahip olamayacaktır.

I. fıkra, devletin salt iktisadi ve ticari amaçlı faaliyetlerini hedef alan bir düzenlemedir. Zira II. fıkroda kamusal niteliği ağır basan faaliyetler için ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Kamusal niteliği ağır basan girişimler de, istisna konmakla birlikte, serbest ticaret ilkesi kapsamına alınmaktadır. II. fıkra göre, "iktisadi kamu yararı hizmetleri (*services of economic interest: service économique d'intérêt général*) yerine getiren veya mali tekele sahip teşebbüsler ... bu Antlaşmanın

kurallarına, özellikle rekabet kurallarına tabidirler". Bu kurallara tabiyetin "kendilerine verilmiş olan mahsus görevlerin ifasını fiilen veya hukuken engelleme" durumu bir istisna olarak öngörülmüştür. Bu istisna 1993 yılında Avrupa Topluluğu Adalet Divanının verdiği, aşağıda açıklayacağımız, *Corbeau* kararına kadar uygulanmamıştır.

Bu düzenlemelere göre kamunun hem saf iktisadi olduğu düşünülen hem de kamusal yönü bulunan iktisadi faaliyetleri serbest ticaret ilkeleri kapsamına alınmıştır.³⁷⁷

37. ve 90. maddelerin gösterdiği gibi, kurucu antlaşmaların mülkiyet biçimi karşısındaki tarafsızlığı iddiası³⁷⁸ kamu girişimleri için pazar dışı özel bir statü uygulanmasına imkân tanınmadığı için dayanıksız kalmaktadır.

Bu düzenlemelerden de görüldüğü gibi Antlaşmaya maddi (fonksiyonel) yaklaşım hakimdir. Faaliyetin kimin tarafından yapıldığı değil niteliği önemlidir. Fransız ve Türk hukukunda öğretinin büyük çoğunluğunca, kamu hizmetlerinin belirlenmesinde, "yasakoyucunun iradesi" ölçütü karşısında geçersizliği ilan edilen maddi (işlevsel) ölçüt Avrupa Birliğinde önem kazanmaktadır.³⁷⁹ İşlevin niteliğine

³⁷⁷ Bu faaliyetler her yönüyle ticaret ve rekabet ilkesine tabidir. Bu bağlamda kamu görevlilerinin statüsü de Toplulukta sorunlar doğurmaktadır. Bkz. Alain Supoit, "Les virtualités du droit communautaire: l'avenir des métiers de services publics", *CJEG*, Haziran 1994, s.379-387<<

³⁷⁸ Örneğin Denys Simon, "Les mutations de services publics du fait des contraintes du droit communautaire", **Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché**, c.I, Paris, La Documentation française, 1998, s.65 -98; Bu çerçevede pazar ve rekabet kurallarına uymak koşuluyla kamu işletmelerinin AB kurallarına aykırı olmadığı gibi bir yaklaşım geliştirilmektedir. Ancak bunun kamusallığın ortadan kaldırılması anlamına geldiğini, bu kurallara tam olarak uyan işletmelerin zaten özel girişimlere dönüşeceği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin gerektiğinde devlet yardımı, yani vergilerle finansman olmadan, sosyal amaçlara ulaşmak mümkün değildir. Sosyal amaçlara tamamen kör bir devlet işletmesinin varlık nedeni zaten ortadan kalkacaktır.

³⁷⁹ Jean -Paul Francou, "Les services publics et le critère matériel en droit administratif français et en droit européen", *RA.*, sy.300, s.688-696; Francou, maddi ölçütün serbest rekabete dayanan hukuki yapı için zorunlu olduğunu savunmaktadır. Faaliyeti kim gerçekleştirirse gerçekleştirsin iktisadi nitelikli olanlar serbest rekabete tabi olacaktır.

vurgu yapılmakta işlevi yerine getiren organ (organik ölçüt) önem taşımamaktadır.³⁸⁰ Amaç her türlü iktisadi faaliyeti serbest rekabet kapsamına alabilmektir.

Bu bağlamda nelerin “teşebbüs” sayılacağını saptamak önem kazanmaktadır.

Divan’ın yerleşik içtihadına göre, Antlaşmada serbest ticaretin öznesi olarak tanımlanan “işletme (teşebbüs)” kavramı, finansman yapısından ve hukuki statüsünden bağımsız olarak, iktisadi etkinlikte bulunan her türlü yapıyı ifade etmektedir.³⁸¹ Kamu teşebbüsü ise, 25 Haziran 1980 tarihli direktifte tanımlandığı üzere, pazar koşullarında iktisadi etkinlikte bulunan ve üzerinde kamu gücünün doğrudan veya dolaylı baskın bir etkisi olan teşebbüsleri ifade etmektedir.³⁸²

Teşebbüs, "iktisadi faaliyet" ile tanımlandığından iktisadi faaliyet kilit kavramdır. Divan içtihadında devlet faaliyetlerinin ticari nitelikte olabileceği kabul edilmiştir. *British Telecom* olayında Divan, “devlet faaliyetlerinin, piyasaya sunulan mal ve hizmet üretimine ilişkin sınai ve ticari nitelikli iktisadi faaliyetler olarak veya kamu gücü faaliyetleri olarak da ortaya çıkabileceğini” saptamaktadır.³⁸³ Buna göre, devletin egemenlik yetkilerine ve kamu gücüne ilişkin faaliyetlerinin “iktisadi” nitelikte olmadığı kabul edilebilir. Örneğin ATAD, *Eurocontrol* olayında, uluslararası bir antlaşmaya göre kurulmuş olan Avrupa Hava Trafik Güvenlik Örgütü’nün faaliyetinin iktisadi nitelik taşıyıp taşımadığını araştırmıştır. Divan, “Eurocontrol faaliyetlerinin niteliği, konusu, tabi olduğu kural, denetleme ve hava sahasında düzen sağlama işlevi bakımından kamu gücü yetkileriyle bağlantılı olduğuna karar vererek, Antlaşmadaki serbest rekabet kurallarının uygulanmasını

³⁸⁰ Renan le Mestre, “Le régime juridique du service public en droit communautaire”, **Les Petites Affiches**, 2.8.1995, sy.92, s.31

³⁸¹ ATAD, C-41/90, 23.4.1991, *Höfner et Elser v. Macrotron*, **Recueil de Jurisprudence**, 1991, s. I-1979

³⁸² Michel Bazex, “L’appréhension des services publics par le droit communautaire”, **RFDA**, mars-avril, 1995, s.296

³⁸³ ATAD, C-118/85, 16.6.1987, *Commission v. Italie*, **Recueil de Jurisprudence**, 1987, s.2619/paragraf 7

haklı kılacak iktisadi niteliğe sahip olmadığı” sonucuna varmıştır.³⁸⁴ Ayrıca “saf sosyal nitelikli faaliyetler”in de iktisadi nitelikte olmadığına ilişkin içtihat bulunmaktadır. *Poucet* olayında Sosyal güvenlik kurumunun, Antlaşmada kullanıldığı anlamıyla teşebbüs kategorisi içinde yer alıp almadığını değerlendiren Divan, “sosyal güvenlik kamu hizmetinin, ulusal dayanışma temeline dayandığı, bu hizmeti yerine getiren kurumun hiçbir kâr amacı bulunmadığı ve sisteme zorunlu üyelik öngörülmesi” nedeniyle “iktisadi nitelik taşımadığına” ve “teşebbüs” sayılamayacağına karar vermiştir.³⁸⁵

Roma Antlaşması iktisadi nitelikli tüm faaliyetleri, devletten veya özel girişimcilerden kaynaklanmasına bakılmaksızın, sınırlı istisnai durumlar dışında serbest rekabet ilkesinin kapsamına sokmuştur. İlginç olan nokta 1958 tarihli Antlaşmanın, devlet girişimciliğinin en yoğun yaşandığı dönemlerde sorun yaratmamış olmasıdır. Simon bu durumu, “ilgisizlik” dönemi saptamasıyla açıklamaktadır. İlgilisizlik dönemi 1985 yılında sona ermiştir. Buna göre, 1985 yılında ortak pazara geçişe ilişkin Beyaz Belgenin yayınlanmasıyla Komisyon, ortak pazara geçiş için kamu sektörünün serbestleştirilmesine vurgu yapmış ve yukarıda açıkladığımız, 90. maddeyi “keşfederek” özellikle teknolojik gelişmelerin tekelleri anlamsız kıldığı telekomünikasyon gibi sektörlerden başlamak üzere aktif bir tavır almıştır. Tek Senet (1986), AB politikasında önemli değişiklik getirmiştir. Tarife dışı engellerin kaldırılması genelde tarife dışı araçlarla korunan kamu sektörünü etkilemiştir. Tek Senet’ten sonra Avrupa Komisyonu kamu sektörünün rekabete açılması için baskı yapmıştır. Üye devletlerden bazıları bu baskıları egemenlik haklarına müdahale olarak görmüş Komisyon da tepkileri azaltmak amacıyla bütüncül yaklaşımını terk ederek sektörel yaklaşımı benimsemiştir. Komisyon her

³⁸⁴ ATAD, C-364/92, 19.1.1994, *Fluggesellschaft v. Eurocontrol*, **Recueil de Jurisprudence**, 1994, s.I-43/ paragraf 30,31

³⁸⁵ ATAD, C-159/91, 17.2.1993, *Christian Poucet v. Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, **Recueil de Jurisprudence**, 1993, s.I-637/ paragraf 18,19

sektör için ayrı ayrı serbestleşme politikaları geliştirmektedir.³⁸⁶ Komisyon politikalarına, bu “militan döneminde” Adalet Divanı da otomatik ihlal yaklaşımıyla destek olmuştur. Divan 1993 yılında verdiği *Corbeau* kararına kadar, kamusal niteliği nedeniyle teşebbüslere tanınan imtiyaz ve tekelleri, istisna hükmüne hiç başvurmadan ihlal saymıştır.³⁸⁷

Komisyon direktifleri kamu hizmetlerinde serbestleştirmenin temel hukuki araçlarıdır. Komisyon direktifleri tüm sektörleri ilgilendiren (yatay) direktifler ve belirli sektörlerle ilişkin (dikey) direktifler olarak ortaya çıkmaktadır. Kamu ihalelerine ilişkin direktifler birincilere örnektir. Tüm kamunun veya kamu kesiminde çalışan özel girişimcilerin her türlü ihale işleri açıklık ve serbest rekabet ilkelerine tabi kılınmıştır.

Komisyonun geliştirdiği mantığa göre, kamusal hizmetlerin en az maliyetle görülmesi Avrupa ekonomilerinin rekabet gücü için temel niteliktedir ve bunu sağlamanın yolu da rekabet araçlarının kullanılmasından geçmektedir. Bu çerçevede Birlik, özellikle demiryolları, elektrik, haberleşme ve ulaşım gibi “ağ hizmetlerine (*les services publics réseaux*)”, Birlik coğrafyasının bütünleşmesini kolaylaştıracağı ve Avrupa ekonomisinin rekabet gücünü artıracığı için özel bir önem vermektedir.

³⁸⁶ Parker, **Privatisation in the European Union**, s.22-23; Taşımacılık (özellikle demiryolu), posta, elektrik ve telekomünikasyon konularında serbestleşme örnekleri için bkz s.24-30; Avrupa Birliğinde kamu hizmetlerini tartışırken Maastricht ve EMU’yu da gözönüne almak gerekmektedir. “Avrupa tek para programı EMU, telekomünikasyon, enerji, taşımacılık, posta, kamu sağlığı ve finans konularında kamu tekellerinin kaldırılmasını öngörmektedir. Ayrıca kamu borçları ve kamu açıkları için üst sınırlar koyan Maastricht Antlaşması da kamu işletmeleri satışının açıkları kapatma yolu olarak görülmesi nedeniyle özelleştirmeyi hızlandırmıştır”, Parker, s.1. Bir yandan kamu harcamaları üzerine sınırlar konarak yeni kamu hizmetleri kurulması engellenmekte ve varolan kamu hizmetleri hızla bir “yoksullaşmaya” sürüklenmekte diğer yandan kamu tekelleri kaldırılarak ve özelleştirmelerle kamu hizmetleri alanı hızla daraltılmaktadır.

³⁸⁷ 1974 *Sachi* kararında istisna hükmünün uygulanabileceğini kabul etmiş olmakla birlikte, Topluluğun kamu sektörüne karşı liberalleştirici politikaları hayata geçirdiği bu dönemde Divan’ın tavrı “otomatik ihlal” içtihiyatıyla gelişmiştir. Rainaud, **La crise du service public français**, s.90-91

Ancak bu önem sosyal yönler ve vurgu şeklinde değil maliyetleri düşürmek, rekabeti sağlamak, serbestleştirmek gibi iktisadi mantık çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.³⁸⁸

Bu amaçla Komisyon tarafından geliştirilen hukuki araçların önemli bir kısmı Anglo-Amerikan kökenlidir. İktisadi faaliyetleri, özellikle kamunun iktisadi faaliyetlerini sertbestleştirebilmek ve rekabete açabilmek için yeni hukuki kurum ve kavramlar geliştirilmiştir: İşletmeci (*l'opérateur*), düzenleyici (*le régulateur*), işletmeci ve düzenleyicinin ayrılması, düzenleyicinin bağımsızlığı, mali birimleştirme (*individualisation comptable*), ağ hizmetlerinde ağın, ağda yapılan iktisadi faaliyetten ayrılması (*individualisation des réseaux*), bağımsız onay kuruluşları (*organisme certificateur*).³⁸⁹

İşletmeci (*l'opérateur*) kavramı, yukarıda aktardığımız iktisadi teşebbüs kavramını ifade etmektedir. Düzenleyici (*le régulateur*) ise kuralları koyan ve uygulanmasını denetleyen otoriteyi ifade eder. AB'nin kamu hizmetlerinde serbest rekabeti sağlamada kullandığı en önemli araç işletmeci ile düzenleyicinin ayrılmasıdır.³⁹⁰ Serbest piyasada iktisadi faaliyet yürüten işletmecinin, aynı zamanda kuralları koyan olması mümkün değildir. İlke gereği, kamu girişimleri söz konusu olduğunda, girişimin sahibi olan kamu biriminin o alanı düzenleme yetkisini veya iktisadi faaliyetini terk etmesi gerekmektedir.³⁹¹ Bu mantık, “bağımsız düzenleyici kurullara” varlık vermiştir. (Bağımsızlıkla yürütme organından bağımsızlık kastedilir. Ancak temsili demokrasi anlayışıyla bağdaşmayan bu durumun sakıncalarını gidermek için örneğin İngiltere’de bu tip kurulların parlamento

³⁸⁸ Auby, **Les service publics en Europe**, s.85

³⁸⁹ Bu kavramlar için bkz. **Ibid.**, s.90-94

³⁹⁰ Anglo-amerikan uygulamasında kuralları koyanlar ile uygulanmasını denetleyenlerin de ayrılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Christian Stoffaes, “La régulation des réseaux aux Etats-Unis, Enseignements pour l’Europe”, **Revue des affaires européennes**, sayı 2, 1994, s.123-138; H.Dumez-A.Jeuemaitre, “Quels modèles de régulation pour les services publics”, in **L’idée de service public est-elle encore soutenable**, Paris, PUF,1999, s.63-80

³⁹¹ AB kamu hizmeti anlayışında, devletin yerine getireceği temel kamu hizmetinin düzenleme olacağını savunan bir görüş için bkz. Claude Martinand, “Le service public en France et en Europe, Un double effort de reconstruction indispensable”, **Revue des affaires européennes**, sayı 2, 1994, s.83

tarafından denetlenecekleri kabul edilmiştir.) İdarenin piyasada izin ve onaylama suretiyle yaptığı denetimin bağımsız onay kuruluşlarına (*organisme certificateur*) devredilmesi de bu bağlamda değerlendirilebilir.

“Ağ hizmetlerinde” ağın, ağda yapılan iktisadi faaliyetten ayrılması (*individualisation des réseaux: unbundling*) özellikle demiryolları, elektrik, haberleşme ve ulaşım gibi hizmetlerin özelleştirilmesinde ve serbestleştirilmesinde kullanılan bir yöntemdir.³⁹² Örneğin, demiryolları ile demiryollarında yapılan taşımacılık hizmetleri ayrılmaktadır. Tekel niteliğinde olan demir yolları kamu şirketinde kalmakta, ancak özel girişimcilere bu hatlar üzerinde taşımacılık yapma hakkı tanınarak rekabet sağlanmaktadır. Bu uygulama “üçüncü kişinin ağa erişim hakkı (*accès des tiers au réseau*)” olarak da adlandırılmaktadır.

Hizmetlerin mümkün olan parçalara bölünmesi de (mali birimleştirme, *individualisation comptable*) serbestleştirme ve ticarileştirmenin bir aracıdır. Örneğin elektrik ve gaz hizmetlerinde üretim, iletim ve dağıtım birimleri ayrılmaktadır. Böylelikle özelleştirilebilir, ticarileştirilebilir ve rekabete açılabilir parçalar ortaya çıkmakta ayrıca bütünsel bir hizmet biriminin faaliyetleri arasında çapraz finansman yöntemi kullanılarak “iktisadi mantık” dışında sosyal amaçlar güdülmesi de zorlaştırılmaktadır.

Burada tezimizin kapsamı nedeniyle sektörel bir değerlendirme imkânımız bulunmamakta, genel yapıyı vermekle yetinmekteyiz. AB’nin, özellikle de Komisyonunun, Anglo-Amerikan uygulamaları esas alarak geliştirdiği bu liberalleştirici/ticarileştirici yapının her sektöre kolaylıkla ve tamamen uygulandığını söylemek imkânsızdır. Özellikle Fransa’nın başını çektiği ve güçlü bir dayanışmacı gelenekten gelen ülkelerin 1990’ların ortalarından itibaren geliştirdiği tepkiler ve özellikle kamu sektöründe çalışanların grevleri AB liberalleşmesinin sorunsuz ve

³⁹² Altyapı ile hizmetlerin ayrılması ve hatta üçüncü kişinin erişim hakkı için bkz. Lysiane Cartelier, “Les services publics européens, la concurrence et l’intérêt général”, **Mélanges C. Champaud**, Paris, Dalloz, 1997, s.150.vd

hızlı gelişmediğini göstermektedir.³⁹³ İlginç olan nokta, AB'nin, geliştirdiği bu kalıbı, gümrük birliğini gerçekleştiren ve aday adaylığı aşamasında bulunan Türkiye'ye sanki sorunsuzmuşçasına dayatmasıdır. Türkiye'de ilişkiler sadece siyasi konular (Kıbrıs, Ege, Kürt sorunu vb) bağlamında tartışılmakta, AB'nin adaylık koşullarının ve Ulusal Programla buna verilen yanıtın iktisadi liberalleşme kalıbını olduğu gibi kabul ettiği gözardı edilmektedir.

Komisyonun 1985 yılından itibaren geliştirdiği liberalleşme yönündeki aktif tavır 1990'lı yılların ortalarından itibaren tepkiler üzerine yumuşamıştır.³⁹⁴ Bu yumuşamaya Avrupa Topluluğu Adalet Divanının *Paul Corbeau* (19 Mayıs 1993) ve *Commune d'Almelo* (27 Nisan 1994) kararları eşlik etmiştir.³⁹⁵ Kararların önemi Roma Antlaşmasının 90. maddesinin II. fıkrasındaki istisnanın, kamu sektöründe serbestleştirme politikasının izlendiği dönemde ilk kez uygulanarak Divan'ın "otomatik ihlal" içtihadını değiştirmiş olmasıdır. II. fıkraya göre, "kendilerine verilmiş olan mahsus görevlerin ifasını fiilen veya hukuken engelleme" durumu, kamusal iktisadi girişimlerin serbest rekabete tabi olmaması için bir istisna olarak öngörülmüştür. Bu kararlarla maddede kullanılan "iktisadi kamu yararı faaliyetleri" kavramının "kamu hizmeti kavramına yakınlaştırıldığı da savunulmuştur."³⁹⁶

³⁹³ Örneğin enerji alanındaki serbestleştirme çabaları Fransa'nın klasik kamu hizmeti anlayışı ve ulusal çıkar arayışı nedeniyle yavaş ilerlemektedir. Bkz. John Bell, "The Concept of Public Service under Threat from Europe? An Illustration from Energy Law", **European Public Law**, c.5, sy.2, 1999, s.189-198; Ayrıca Fransa 1993 yılında Topluluğun bir "kamu hizmetleri şartı" çıkarması için sonuçsuz kalan bir girişimde bulunmuştur. Bu girişimin kapsamı için bkz. Nicole Belloubet-Frier, "Service public et droit communautaire", **AJDA**, 1994, s.275-277

³⁹⁴ Mestre, "Le régime juridique du service public en droit communautaire", s.30

³⁹⁵ Bu iki karar dışındaki içtihat için bakınız, Bazex, "L'appréhension des services publics par le droit communautaire", s.298-299

³⁹⁶ Thierry-Xavier Girardot, "Le service public est-il menacé par la construction communautaire?", **Cahiers de la Fonction Publique**, "La notion de service public dans le cadre européen" dosyası, sy.139, 1995, s.7; Mestre, Birlik kurumlarının ve özellikle Divan içtihadının kamusal hizmetlerle serbest piyasayı uzlaştırma konusundaki yeni gelişen duyarlılığını aktardıktan sonra, Latournerie'nin, kriz saptamasının sıkça yapıldığı bir dönemde kamu hizmeti kavramının kullanıldığı kararların artışı üzerine yazdığı 1960 tarihli yazısının (supra. dpn.235) başlığına atıfla "hayaletin canlanması" benzetmesi yapmaktadır. Mestre, "Le régime juridique du service public en droit communautaire", s.36

Kamu tüzelkişiliğine sahip Belçika posta idaresine, tüm ülke çapında her türlü postanın toplanması, taşınması ve dağıtımı konusunda tekel hakkı tanınmıştır.³⁹⁷ Paul Corbeau, Li ge kentinde, evden toplama usulü “hızlı” posta dağıtım işi yapmaya girişmiştir. *Corbeau* kararı Li ge tacirlerinden Paul Corbeau’nun posta tekeline ilişkin düzenlemeleri ihlalden yargılandığı ceza davasında, Belçika Posta İşletmesine tanınan tekel haklarına ilişkin düzenlemelerin, 90. maddeye uygun olup olmadığının yorumu için ATAD’a gönderilmesi üzerine verilmiştir:

“Dava konusu olayda Posta İdaresinin, tüm kullanıcıları kapsar şekilde, tüm ülke çapında, benzer kalite koşullarında, özel koşulları ve her faaliyetin k rlılığını ayrı ayrı değerlendirmeden postaları toplama, taşıma ve dağıtmayı içeren bir iktisadi kamu yararı hizmeti yerine getirdiği tartışmasıdır (par. 15).

Bu yükümlülük, hizmetlerin, k rl  faaliyetler ile k rsız faaliyetler arasında telafi mekanizmaları işleterek yerine getirilmesini gerektirir ve dolayısıyla iktisadi bakımdan k rl  alanlarda rekabetin kaldırılmasını veya sınırlamasını haklı kılar (par.16).

“Ancak, kamu yararı hizmetinden ayrılabilen, işletmecinin özgül ihtiyaçlarına denk düşen özgül hizmetler ve klasik posta hizmetlerinin karşılamadığı, evden posta toplama, ek hız, ek güvenlik, gönderilmiş postanın henüz ulaşmadan alıcısını değerıstirebilme gibi ek hizmetler iktisadi dengeyi bozmayacağı için rekabetin kaldırılması veya sınırlandırılmasının haklı nedeni olamaz (par.19).”³⁹⁸

Divan bu yorum çerçevesinde, olayda ihlal olup olmadığının değerlendirilmesini ulusal mahkemeye bırakmıştır.

Commune d’Almelo kararı ise elektrik hizmetine ilişkindir. Hollanda’da elektrik dört firma tarafından üretilmektedir ve yapılan sözleşmelere göre, belediyelerin dağıtımını yapacakları elektrikleri bu firmalardan alma zorunluluğu bulunmaktadır. Yerel kullanıcılar bu firmalar dışından elektrik ithal edememektedir. 1985 yılında, firmalardan biri olan IJM yerel dağıtıcılar olan belediyelere, kırsal bölgelerdeki aşırı masrafları ile kentlerdeki masraflar arasındaki farkı yansıtan bir fiyatlandırma sunmuştur. Bunun  zerine çıkan uyuşmazlıkta yerel mahkeme yorum

³⁹⁷ 90.maddenin II.fıkrasındaki istisnanın uygulanabilmesi için, iktisadi kamu yararı faaliyetini yerine getiren teşebbüsün bu iş için kamu otoritesi tarafından sözleşmeyle veya tek yanlı işlemlerle görevlendirilmiş olması koşulu da aranmaktadır. İlgili içtihat için **Ibid.**, s.32

³⁹⁸ ATAD, C-320/91, 19.5.1993, *Paul Corbeau*, **Recueil de Jurisprudence**, 1993, s.I-2533

için konuyu ATAD'a göndermiştir. ATAD, firmalarla belediyeler arasında yapılan sözleşmelerde yer alan "yerel dağıtıcılara başka elektrik sağlayıcılardan alım yapma yasağı getiren hükümler rekabeti sınırlayıcı niteliktedir (par.36)" saptamasını yapmış, ancak bu durumda 90/II'deki istisna hükmünün de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir:

"90. maddenin II. fıkrasının uygulanabilirliğine gelince, ... IJM, tekel yaratmayan bir kamu hukuku imtiyaz sözleşmesiyle ülkenin bir bölgesine elektrik sağlamakla görevlendirilmiş bir girişimdir (par.47).

Bu bağlamda, böyle bir girişim, elektrik enerjisini görevli bulunduğu bölgede, tüm kullanıcılara, yerel dağıtıcılara ve son kullanıcılara kesintisiz biçimde, her zaman istenilen miktarda, tek tip fiyatlarla ve sadece objektif ölçütlere göre değişebilen şartlarda sunmak zorundadır (par.48).

Bu nedenle diğer ekonomik işletmeciler için getirilen rekabet kısıtlamaları, böyle bir görevi yerine getirebilmek için gerekli olduğu oranda kabul edilebilir (par49)."³⁹⁹

Divan bu yorum çerçevesinde, olayda ihlal olup olmadığının değerlendirilmesini ulusal mahkemeye bırakmıştır.

Topluluk hukuki düzenlemelerinin önemli bir özelliği doğrudan uygulanabilmeleridir. Bazex, Fransız idari yargıcının 90. maddeyi uyguladığı kararları bulunduğu; ancak her seferinde istisna hükmünün kullanıldığı ve kamusal hizmetlere tanınan rekabetten kurtulma ayrıcalıklarının hukuka uygun bulunduğu saptamasını yapmaktadır.⁴⁰⁰

ATAD'ın *Corbeau* (1993) ve *Commune d'Almelo* (1994) kararlarında geliştirdiği içtihat sürmektedir.

Birliğin politikalarında, tepkiler sonucunda oluşan yeni yönelim, sosyal konularda yine serbest piyasa kuralları içinde kalınarak duyarlı olunması yönünde bir değişim şeklinde ortaya çıkmaktadır. Birliğin tüm temel antlaşmalarını birleştiren 1997 tarihli Amsterdam Antlaşmasının 16. maddesinde kamusal hizmetlerin önemini vurgulayan bir düzenleme yer almıştır (m.16: "73, 86 ve 87. maddeler [*bunlar yukarıda aktardığımız gibi kamusal hizmetlere ilişkindir -OK*] ile kamu yararı

³⁹⁹ ATAD, C-393/92. 27.4.1994, *Commune d'Almelo et autres v. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, **Recueil de Jurisprudence**, 1994, s.I-1477

hizmetlerinin Birliğin ortak değerleriyle toplumsal ve coğrafi bütünlüğü sağlamadaki rollerinin yanısıra, Birlik ve üye devletler, kendi yetkileri dahilinde ve bu Antlaşmanın uygulanması çerçevesinde, bu tip hizmetlerin, amaçlarını gerçekleştirmelerini sağlayacak ilkeler ve şartlarla işlemelerine özen gösterir.")

Bu düzenlemenin Toplulukta 1990'ların ortalarından itibaren yoğunluk kazanan, kamu hizmetinin Topluluğun temel ilkeleriyle eşit düzeye çıkarılması talebini karşıladığını söylemek mümkün değildir.⁴⁰¹ Avrupa Birliği'nin kurduğu yapıda, gerçekte kapitalist sistemin mantığına ve günümüz ihtiyaçlarına uygun olarak, tüm toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında serbest ve rekabetçi piyasa faaliyetleri esastır.⁴⁰² Devlet bugüne kadar işgal ettiği kârlı alanları piyasaya bırakacaktır. Kimi piyasa aktörlerinin (ki devlet de iktisadi faaliyet gösterecekse, bu kimliğinden sıyrılarak işletmeci olur) karşıladığı ihtiyaçlar özellik arz ediyorsa, bunlara, bir bütün olarak değil, ancak gerektiği ölçüde istisnalar tanınabilir.⁴⁰³ Hatta mümkünse bu tip istisnalar tanınmadan yine piyasa içi çözümler üretilmelidir.

⁴⁰⁰ Bazex, "L'appréhension des services publics par le droit communautaire", s.301-302

⁴⁰¹ 28 Şubat 1996 tarihli Hükümetlerarası Konferans'ta üye devletlerin, parlamentonun ve bu konudaki uzman kuruluşların kamu hizmetleri konusundaki değerlendirmelerinin ortak noktası, "kamu hizmetini, serbest rekabet ve serbest dolaşım ile eşit Topluluk ilkesi haline getirerek üye devletlere kamu hizmetlerini koruma imkanı verilmesi ve tüm Topluluk vatandaşlarına minimum bir hizmete eşit erişim sağlanması" olarak özetlenmektedir. Konferansın özeti için bkz. http://www.europarl.eu.int/igc1996/fiches/fiche12_fr.htm

⁴⁰² Moderne'in saptamasıyla Birliğin kamu hizmeti anlayışı sınırlı bir niteliktedir ve Fransızların geliştirmiş oldukları kamu hizmetinin zenginliğini taşımamaktadır. Ancak Birlik hukuku tüm hukuk sistemlerini birleştirmeyi hedefler, başarısı buna bağlıdır. Bu durumda Fransız ulusal sisteminin klasik kavram ve kategorileri zorunlu bir dönüşüme uğrayacaktır. Franck Moderne, "Le concept de service public à l'épreuve du marché unique européen", **Mélanges J.Mas**, Paris, Economica, 1996, s.239-252; Fransız "özgünlüğü"nin AB ile ilişkisi kamu hizmetinde yeni bir kriz unsuru olarak ortaya çıkmaktadır, H.-G Hubrecht, "La construction européenne et la crise de la conception française du service public", **Les administrations économiques et financières et leurs usagers**, Paris, Ministère de l'économie et des finances, 1996, s.51 -69

⁴⁰³ Birliğin mantığında kamu hizmetleri piyasada karşılanır. Devletin karşılayacağı sınırlı sayıdaki kamu hizmetleri üretimi ve ticareti kâr getirmeyen hizmetlerdir. AB'de serbest pazar ve kamu yararı arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi için bkz. Stéphane Rodrigues, "Prospective du service public en Europe: Le marché intérieur, entre concurrence et utilité publique", **Revue des affaires européennes**, sayı 2, 1994, s.65-79

Komisyonun geliştirdiği "genel hizmetler (*service universel*)" kategorisi bu piyasa içi çözümlere örnek olarak verilebilir.⁴⁰⁴ Komisyonun militan liberal tavrı çerçevesinde tek tek sektörleri serbestleştirme atağının yarattığı toplumsal tepkiler üzerine, bir düzeltici olarak "genel hizmetler" kategorisi geliştirilmiştir. Genel hizmetler, özellikle kamusal yönü ağır basan ağ hizmetlerinin serbestleştirilmesi sırasında geliştirilen bir kavramdır. Yanına varılabilir bir fiyatla ve belirli bir kalitede, Topluluğun tamamında herkese sunulan taban (minimum) hizmetleri ifade eder.⁴⁰⁵ Genel hizmet kavramı ilk olarak 1987 yılında telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin Yeşil Belge'de, işletmecilerin katlanmak zorunda oldukları yükümlölükleri ifade etmek üzere kullanılmıştır. Daha sonra Komisyonun 1993 tarihli Beyaz Belgesinde "tüm müşteri ve kullanıcılara makul bir fiyat ve kalitede sunulan taban hizmetler" şeklinde tanımlanmıştır. 1994 yılındaki iki Komisyon kararında da (7 ve 16 şubat) telekomünikasyon ve posta hizmetlerinde "genel hizmetlerin" geliştirilmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir.

“Genel hizmetler (*service universel*)” ile kamu hizmeti kavramı arasındaki temel fark kamu hizmetlerinde kamunun faaliyetinin esas olması, genel hizmette ise özel faaliyetlere getirilen sınırlı bir yükümlölüğün sözkonusu olmasıdır.⁴⁰⁶ Ortada bir kamu hizmeti değil özel girişimcilerin yasayla zorunlu kılınan sosyal yardımlaşması;

⁴⁰⁴ 1907 yılında ABD’de kullanılmış bir kavramdır. Rainaud, **La crise du service public français**, s.95

⁴⁰⁵ **Lexique de l’utilité publique**, Paris, Initiative pour des services d’utilite public en Europe, s.18. (Bu belge için bkz. <http://www.isupe.com>)

bir kamu hizmeti değil devletin örgütlediği bir hayırseverlik (*charité*) sözkonusudur. Üstelik fiilen hayata geçen bir uygulama da bulunmamaktadır.⁴⁰⁷ Devletlerin iç mevzuatlarında hukuki bir kavram olarak yer almakta,⁴⁰⁸ ancak bunun fiilen hayata geçmesini sağlayacak mekanizmalar bulunmamaktadır.

⁴⁰⁶ Pontier, “Sur la conception française du service public”, s.12

⁴⁰⁷ Komisyon, bağımsız bir örgütlenmenin idare edeceği “genel hizmetler fonu” kurulmasını önermiştir. Ancak henüz hayata geçirilen bir örgütlenme bulunmamaktadır. Grard, “Synthèse de l’approche sectorielle”, **Vers un Service public européen**, s.566; Genel hizmetlerin finansman modelleri için bkz. Cartelier, “Les services publics européens, la concurrence et l’intérêt général”, s.154-157

⁴⁰⁸ Fransız telekomünikasyon mevzuatındaki yeri için bkz Rainaud, **La crise du service public français**, s.96

İkinci Bölüm: KAMU HİZMETİNİN HUKUKSAL REJİMİ

I. KAMU HİZMETİNİN HUKUKU

A. *Ortak Hukuk-Farklı Hukuk (Common Law Sisteminde Kamusal Rejim)*

Kamu hizmetleri hangi hukuki biçimler altında hayata geçirilir; kamu hizmetleri hangi hukuki kurallar çerçevesinde işler; kamu hizmeti olarak devletçe üstlenilen alanların hukuki rejimi nedir? Kamu hizmetinin hukuki rejimi, bu soruların yanıtlarında ortaya çıkar.

İktisadi açıdan, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim ve sunumu olan kamu hizmetinin bu alana ilişkin genel kurallara tabi olması gerektiği düşünülebilir. Buna göre herhangi bir girişim gibi, kamu hizmeti üretenler de piyasanın hukukuna tabi olmalıdır. Piyasanın hukuku, eşit ve özgür iradelerin karşılıklı anlaşmalarla birbirlerinin hak ve borçları (mamelekleri) üzerinde sonuçlar doğurabildiği ve bu sonuçların hukuk düzenince cebri icra güvencesi altına alındığı sözleşme ilişkisine dayanan hukuktur. Medeni hukuk iradenin taşıyıcısı kişi, gerçek ve tüzelkişi, kişinin malvarlığı vs. konularını; borçlar hukuku bu kişilerin özgür mübadele ilişkilerini yani sözleşme ilişkilerini; ticaret hukuku bu kişilerin tacir yönlerini vs. düzenler. Toplumsal yaşamda birbirinin hak ve borçları üzerinde sonuç doğurmak isteyen her kişi bu hukuksal çerçevede hareket eder. Mal sahibinin rızası olmadan alım satım yapılamaz; alım satım konusuna, koşullarına ve kapsamına ilişkin iradeler serbestçe oluşturulur (irade serbestisinin bozulmuş olması, kurulan hukuki ilişkinin geçersizliği sonucunu doğurur). Romanist hukuk sisteminde bu hukuksal ilişkiler “özel hukuk”u (*civil law*); Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ise “ortak hukuk” olarak Türkçeleştirebileceğimiz *common law*’u oluşturur. *Ortak hukuk* sisteminde ilke olarak hukukun, devlet dahil tüm öznelere eşit kabul edilmekte

ve ortak hukuka tabi olmaktadır. Ancak, *common law* sisteminde de, hukuk öznesinin siyasal örgütlenme veya hukukça düzenlenen konunun kamu yararı olmasına göre ortak hukukun istisnaları bulunmaktadır. Romanist gelenekte yer alan sistemlerde ise hukuk öznesinin siyasal örgütlenme veya hukukça düzenlenen konunun ortak yarar olması, ortak hukuk dışında farklı kuralları, bu kurallar da özel hukuk (*civil law*) dışında ayrı bir hukuk sistemini, kamu hukukunu (*public law*) doğurmaktadır. Söz konusu ihtiyaç, Anglo-Amerikan geleneğinde, ortak hukukun istisnalarıyla karşılanırken; Romanist gelenekte özel hukuk yanında ayrı bir hukuk dalının, kamu hukukunun varlığıyla karşılanmaktadır.⁴⁰⁹

Kamusallık taşıyan mal ve hizmetlerin üretilmesinde tüm hukuk sistemleri ortak (özel) hukuku aşan özgül kurallar konulmasını kabul eder. Anglo-Amerikan ortak hukuk (*common law*) sisteminde özgül kurallar, ortak hukuka getirilen istisnalar olarak kabul edilirken, romanist sistemlerde özgül kurallar ayrı bir hukuksal rejimi ifade etmektedir. Anglo-Amerikan sistemlerde piyasa devlet aleyhine daha gelişmiştir ve ikili bir yargı sistemi de yoktur; bu nedenle ortak hukuka getirilen istisnalar bizdeki kadar önemli pratik sorunlar doğurmaz. İdari rejim ülkelerinde ortak (özel) hukuku aşan özgül kurallar, ortak hukuk dışında kavram, ilke ve kategorilere sahip ayrı bir hukuk dalının içinde yer alır ve bu özellik yargı ayrılığı sisteminin benimsenmiş olması nedeniyle önemli pratik sorunlar doğurur. Bu nedenle devletle (kamuyla) herhangi bir şekilde ilintili faaliyetin hukuki niteliğini saptamak önem kazanmaktadır. Türkiye’de söz konusu önem, *common law* sistemini benimseyen ülkeler yatırımcılarının idari rejimle karşılaşması sonucunda daha da artmaktadır.

⁴⁰⁹ Common law, idare hukuku bağlamında ifade edersek adli rejim, yalnız değerlendirilebilmektedir. Derbil’e göre, Adli rejim ile idari rejim arasındaki farkın kaynağı kamu hizmetine uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesidir: Adli rejimde kamu hizmetleri özel işletme rejimine ve özel hukuka bağlı kılınır. Bkz Derbil, **İdare Hukuku, cilt II**, s.434. Ancak kanımızca kamu hizmetlerine uygulanan hukuki rejim, iki sistemin farkını oluşturmaktan ziyade benzerliklerini oluşturmaktadır.

Amerika ve İngiltere, Kıta Avrupası hukuk geleneğinden farklı olarak kamu hukuku özel hukuk ayrımını tanımayan hukuk sistemlerine sahiptir. “Ortak hukuk” olarak Türkçeleştirebileceğimiz *common law* hukuk sisteminde, ilke olarak hukuk sisteminin tüm özneleri eşit kabul edilmekte ve ortak hukuka tabi olmaktadır; kökeninde, kamu gücü veya kamu hizmetinden (yararından) kaynaklandığı kabul edilen devletin üstünlüğünün ve tâbiyetinin hukuku olan kamu hukuku bulunmamaktadır.

Amerika ve İngiltere’de kamu hizmeti kavramının ve buna uygulanan bir idare hukukunun bulunmadığı genel kabul gören bir anlayıştır. Ancak bu saptama, toplumsal ihtiyaçların devlet tarafından üstlenilmesi işlevinin bu ülkelerde bulunmadığı anlamına gelmemektedir. “Kamu hizmeti”, kamu - özel hukuk ayrımının ve ortak hukuktan ayrı bir idare hukukunun benimsendiği bir coğrafyada, devletin toplumsal ihtiyaçların karşılanmasını özel alandan belirli oranlarda çıkararak üstlenmesi faaliyetinin kavramsallaştırılmasını ve bunun üzerinden tüm kamu hukuku, idare hukuku ve idari yargının açıklanmasını ifade eder. Benzer işlevin, farklı hukuk sistemlerine sahip ülkelerde farklı şekilde kavramsallaştırılacağı ve farklı hukuki sonuçlar doğurabileceği açıktır. *Common law* sisteminde, toplumsal bir işlev olarak var olmakla birlikte kamu hizmeti kavramına bağlı bir hukuksal öğreti bulunmamaktadır.⁴¹⁰

İngiltere’ye önceki bölümlerde değinmiş olduğumuzdan burada kısaca ABD örneğini ele alacağız.

Amerikan siyasal ve toplumsal düzeninin temeli bireysel özgürlükler, özellikle girişim özgürlüğüdür. Kamusal otoritelerin bireysel girişimlere müdahalesi, serbest rekabetin düzelticisi olarak sınırlı ve istisnaidir. Kamusal ihtiyaçları karşılamaya yönelik üretim alanlarında kullanılan düzeltici, “*public utility*” kurumudur (kamu yararı, kamu hizmeti yapan kuruluş). Kamu hizmeti kurumunun, ABD’deki

⁴¹⁰ Varin, “Les services publics au Royaume-Uni”, s.186

karşılığının “*public utility*” olduğu kabul edilmektedir.⁴¹¹ ABD Yüksek Mahkemesi 1877 tarihli *Munn vs. Illinois* kararında “özel kişi malını kamusal yarar bulunan kullanıma sunduğunda bu kullanımın sağlanmasının özel bir önemi vardır ve kişi ortak yarar adına kamusal denetime tabi olmalıdır” sonucuna vararak “*public utility*” kuramını geliştirmiştir.

Public utility, kamu hizmetiyle tam olarak örtüşmez.⁴¹² *Public utility* olarak kabul edilen faaliyetler, kamu hizmeti olarak üstlenilen bir alanda özel kişilerin faaliyet göstermesine ve kimi zaman da kamu hizmetinden ziyade düzenlenmiş özel girişimlere benzemektedir. *Public utility* olarak kabul edilen faaliyetler özel girişimlerdir; kamusal örgütün faaliyeti sözkonusu değildir. Devletin doğrudan yararlandırııcı hizmetlerde bulunması istisnadır.⁴¹³

Mantık girişim özgürlüğünü ortadan kaldırmadan, onunla uyumlu olarak liberalizmi kendine karşı korumaktır. Stoffaes’in tabiriyle “kamu hizmeti serbest piyasa aracılığıyla kurulmakta; kamu hizmeti, bir anlamda piyasanın farklı araçlarla devamı sayılmaktadır.”⁴¹⁴ Ancak kanımızca bu yöntemle kurulan sistemde ortaya çıkan “kamu hizmeti” değil, “kamuya sunulan hizmet”tir. Düzenlenmiş pazarın kamuya sunduğu hizmet. Piyasada üretilip satılan bir hizmet, iktisadi niteliği, toplumsal isterler veya siyasi takdir gibi gerekçelerle kamuya yararlı sayıldığı için düzenlenmekte, tanınan ayrıcalık ve getirilen yükümlülüklerle piyasanın bazı ilkelerinden bağışık kılınmaktadır. Bunun dışında, siyasal alanın örgütünün, hizmetin sunulmasında fiilen yer alması, kural olarak sözkonusu değildir.

⁴¹¹ Christian Stoffaes, “La régulation des réseaux aux États-Unis”, **Revue des Affaires européennes**, 1994 sayı 2, s.123;

⁴¹² “*Public utility*” kavramının Fransızca’ya “kamu hizmeti girişimleri (*entreprises de service public*)” olarak çevirilebileceği kabul edilmektedir. Yani kamu hizmetlerinin bir türü olarak algılanmaktadır. Laurent Richer, “Remarques sur les entreprises privée de service public”, **AJDA**, özel sayı, 1997, s.103

⁴¹³ Buna en önemli örnek olarak, elektrik üretiminde federal devletin üretim ve dağıtımına doğrudan girdiği *Tennessee Vaaley Authority* verilmektedir. Stoffaes, “La régulation des réseaux aux Etats-Unis”, s.132

⁴¹⁴ **Ibid.**, s. 124

Public utility, kurumunun hukuksal gerekçesi “kendileri aracılığıyla kamuya hizmet sunulan altyapıların bir ayrıcalık oluşturacak şekilde az veya tek olma durumunda, taşıdıkları kamu yararı nedeniyle özel faaliyet olma niteliklerini yitirmesidir. Bu durumda mal sahipleri keyfi ve aşırı değil makul ücretler isteyebilirler”.⁴¹⁵

Munn kararında, tahıl siloları işleten *Munn* ve *Scott*, Illinois Eyalet Meclisinin üst fiyat sınırları koymasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüş, ancak Yüksek Mahkeme, silo işletmenin kamu yararı taşıdığı için tam özel hak niteliğini yitirdiğini ve devlet tarafından düzenlenebileceğini ve dokuz silonun fiyatları anlaşarak belirlediği için tekel benzeri durum söz konusu olduğunu belirterek yasal düzenlemeyi hukuka uygun bulmuştur.⁴¹⁶ *Public utility*’nin ABD’de kurucusu olan *Munn* kararında, esas olarak ticaret özgürlüğü karşısında devletin fiyat belirleme yetkisinin gerekçelendirilmesini söz konusudur. Bir kamu hizmeti alanı olarak kabul edilmiş, bunun artık tam anlamıyla özel faaliyet olmadığı belirtilmiş, fiyat belirlenmesi bakımından piyasa ilkeleri kısmen geçersiz kılınmış, ancak devlet doğrudan kamu hizmeti olarak belirlenen alanda faaliyet göstermemiştir.

Özellikle yargı kararları ve düzenleyici kurumların faaliyetleriyle, kamu yararını karşılayıcı faaliyet gösteren özel girişimlere hizmet sağlama “zorunluluğu”, süreklilik, makul fiyat, ayrımcılık yapmama gibi yükümlülükler ve rekabete karşı korunma ve tekel gibi ayrıcalıklar tanınmıştır.⁴¹⁷

Kamu hizmetleri rejimi rekabet hukuku çerçevesine sıkıştırılmıştır.

Amerikan kamu hizmeti anlayışının mantığı budur. Devlet (devlet adına irade açıklama yetkisine sahip birimler) kimi piyasa faaliyetlerini kısmen siyasallaştırarak kamu hizmeti alanları yaratmakta, ancak bu alanlarda doğrudan faaliyet üstlenmemektedir. Bu sistemin temel bir sakıncası bulunmaktadır. Kamu hizmeti

⁴¹⁵ *Ibid.*, s. 125

⁴¹⁶ *Ibid.*, s. 126

⁴¹⁷ *Ibid.*, s. 131

olarak kabul edilip ayrıcalık ve yükümlölüklerle donatılan alanlar devlet tarafından üstlenilmeyip yine piyasa aktörlerine bırakılınca, diğer piyasa aktörleri aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir. Nitekim ABD’de public utility anlayışına dayanan ve bağımsız düzenleyici kuruluşlar (*independant regulatory commissions*) tarafından gerçekleştirilen düzenleme faaliyeti özellikle 1970’lerin sonundan itibaren eleştirilere uğramıştır. Yapılan düzenlemelerin iktisadi tekellerin sakıncalarını önleyemediği gibi iktisadi tekelleri kamusal tekellere dönüştürdüğü; düzenleyen-düzenlenen ilişkisinin, firmaların düzenleyici kuruluşları fiilen ele geçirmesi (public choice kuramı çerçevesinde yapılan eleştiri) nedeniyle tersine döndüğü belirtilmiştir.⁴¹⁸

Amerika Birleşik Devletleri yasalarında “kamu hizmeti” kavramına rastlanılmamaktadır. Avrupa Birliği gelişmeleri vesilesiyle Avrupa’da güncellik kazanan “*genel hizmet (service universel)*” terimi ise 1996 Telekomünikasyon Yasasından beri kullanılmaya başlanmıştır.⁴¹⁹ Ancak terimin yokluğu, işlevin yokluğu anlamına da gelmemektedir. Belirli bir kalitede ve süreklilik içinde herkese açık bir ulusal iletişim ağı gerekliliği Kıta Avrupası’ndaki tanımlamayla kamu hizmeti yükümlölüklerini, ABD’deki adlandırmayla “*common carriage (ortak hatlar)*” kavramını doğurmuştur. Tüm ihtiyaçların karşılanmasında piyasanın faaliyeti esastır; ancak toplumsal ihtiyaçların önemi ve üretimin niteliği gereği kamusal yükümlölükler ve düzelticiler öngörülmektedir. “*Common carriage*” yükümlölüğü bu ihtiyacı karşılar.

Rapp tarafından “*Common carriage*” kamu hizmetleri kavramının, farklılıklar saklı kalmak kaydıyla, ABD’deki muadili olarak nitelenmektedir.⁴²⁰ 1934 Telekomünikasyon yasasında kullanılan *Common carriage* kavramı, haberleşme hizmeti veren firmanın, müşterilere değil tüm kamuya hizmet sunma ve bunun sonucu olarak kamusal düzenlemelere katlanma zorunluluğunu ifade eder. *Common carriage* yükümlölüğü uzun yıllar alanında tekel olan AT&T Şirketine uygulanmıştır.

⁴¹⁸ **Ibid.**, s. 133

⁴¹⁹ Lucien Rapp, “L’expérience américaine”, **AJDA**, 1997 spécial, s.159

Günümüzde “*genel hizmet (service universal)*” kavramının *common carriage* yükümlülüğünün yerini aldığını savunanlar da bulunmaktadır.⁴²¹

Özetle kamu hizmeti olarak saptanan alanlarda az veya çok ama mutlaka ortak hukuktan farklı kurallar uygulanır. Farklı kurallar zorunlu olarak idare hukukunu ifade etmez. *Common law* sistemlerinde olduğu gibi ortak hukukun istisnaları olarak kalabilir.

B. Kamu Hizmeti-Kamusal Rejim-İdare Hukuku-İdari Yargı

Kamu hizmetinin hukuki rejiminin hiçbir zaman saf olarak ortaya çıkmadığı kabulüne sahip olduğumuzu belirterek başlamalıyız. Kamu hizmetlerine saf özel hukuk rejimi uygulanamayacağı gibi, saf kamusal rejim de uygulanamaz. Kamu hizmetleri yerine getirilirken saf kamusal rejim uygulanırsa örneğin, idarenin mal alımı yapmaması sürekli kamulaştırmaya, istinvale başvurarak taşınır ve taşınmaz mal ihtiyacını karşılaması gerekir. Kamu hizmetinin piyasayla ilişkisi genellikle sözleşme aracılığıyla gerçekleşir. Ancak bu sözleşmeler de saf özel hukuk rejimine sahip değildir. Saf özel hukuk örneği olabilecek sözleşmeler de idare tarafından kullanıldığında mutlaka belirli oranda kamusallaşmaktadır. Sözleşme yapma sürecinin idare için özel kurallara bağlanmış olması bunu göstermektedir. Duran’ın da belirttiği gibi, “hiçbir kamu hizmeti, tam ve kesin surette, yalnızca Kamu Hukukuna veya sadece Özel Hukuka göre yürütülmemektedir. Kamu hizmetlerinin hukuki rejimi, tek ve saf olmayıp, konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde kamusal ve özel hukuklardan oluşan karma nitelikte çeşitli düzenlerdir.”⁴²²

Başlığımızda yer alan “kamu hizmeti”, “idare hukuku” ve “idari yargının görev alanı” konuları arasında doğrusal bir ilişki yoktur. Kamu hizmetinin mutlaka idare hukukunun kapsamında yer almaması gibi kamusal rejim de her zaman için idari yargının görev alanına yol açmaz.

⁴²⁰ **Ibid.**, s.159

⁴²¹ **Ibid.**, s.163

Ancak önemli olan, “ilke hukuk”un hangisi olduğunu saptamaktır. Kamu hizmetlerinin işleyişinde ilke hukuk sorunu bir ayrıma giderek değerlendirilmelidir. Kamu örgütlenmesinin kendine yönelik faaliyetlerinde ilke hukuk kamu hukukudur; kamu hizmetinin piyasayla ilişkilerindeki hukuk ise özel (ortak) hukuktur. Ancak burada da özellikle işgücü piyasası için önemli bir istisna vardır. İdarenin personeli kural olarak sözleşme ilişkisiyle istihdam edilmez.⁴²³

Kamu hizmeti ile ortak hukuktan farklı bir kamusal rejim arasındaki ilişki sorunludur. İki arasındaki belirleme ilişkisinin yönü karmaşık olduğu gibi, kamu hizmetinin özel rejimi doğurmak bakımından yeterli olmadığı, kamu gücü ayrıcalıklarının da tahlile eklenmesi gerektiği görüşü ilişkiyi iyice karmaşıktırmaktadır.

Kural olarak, kamu hizmetinin varlığı kamusal rejimi gerektirir. Özellikle Fransa’da kamu hizmeti kavramının hukuki gelişiminin ilk yıllarında bu birlik kurulmuştur. Ancak gene erken döneme rastlayan kararlarda (*Terrier, CE, 1903; Société des granits porphyroides des Vosges, TC, 1912; Colonie de la Côte d’Ivoire c/Société commerciale de l’Ouest africain, TC, 1921*) kamu hizmetlerinin ortak hukuk kurallarına göre de işleyebileceği kabul edilmiştir.⁴²⁴ Yani kamu hizmeti ile kamu hukuku arasında kurulan birliktelik, kavramın hukuki gelişiminin ilk yıllarından beri sorunlu olmuştur. Söz konusu kararlar kamu hizmetlerinin hukuki rejiminde bir saflık arayışının imkânsızlığını kanıtlamaktadır. Kanımızca bu karma niteliğine karşın kamu hizmetlerinin hukuki rejimi minimum bir kamusalılık taşımaktadır.

⁴²² Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İÜ Yayınları no 2956, 1982, s.306

⁴²³ Kamu görevlisi olmak isteyeninin hizmete girme ve ayrılmada iradesi etkilidir ancak özellikle hizmetin işleyişi sırasında ve hizmet karşılığının belirlenmesi konularında sözleşme ilkesi geçerli değildir. Ayrıca idare talepkar olanların kamu hizmetine alınmasında iş akdi yapacak olan bir işveren gibi serbest değildir.

⁴²⁴ Georges Moranges, “Le déclin de la notion juridique de service public”, **Recueil Dalloz, Chronique**, 1947, s.47

Kamusal rejimle kastedilen, kamu hizmetinin yerine getirilmesinde, özel faaliyetlerden farklı olarak piyasa aktörlerinin sahip olamayacakları birtakım ayrıcalıkların ve yükümlülüklerin sözkonusu olmasıdır.⁴²⁵ Kamusal rejim, idarenin farklı bir hukuk ve yargı düzenine tabi olması dahil, çeşitli kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri bütünüdür.⁴²⁶

İdarenin tek yanlı işlemlerle bireylerin hak ve yetkileri üzerinde değişiklik yaratici işlem yapabilme (icrai işlem) ve yasalarla belirlenmiş gerekli durumlarda tek yanlı işlemini araya mahkeme kararı girmesine gerek olmaksızın fiilen hayata geçirme (re'sen icra) yetkileri, idarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarının en tipik örneğidir.⁴²⁷

“775 sayılı Yasanın 18. maddesinde, bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra, belediye sınırları içinde veya dışında belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak daimi veya geçici bütün izinsiz yapıların inşa sırasında olsun veya iskan edilmiş bulunsun hiçbir karar alınmasına lüzüm kalmaksızın belediye ve devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılacağı kurala bağlanmıştır. ... Davacı tarafından ruhsatsız olarak yapılan inşaatın mer'aya tecavüzlü kısımlarının yıkımı yolunda belediye başkanlığınca tesis edilen işlemde 775 sayılı Yasanın 18. maddesine aykırılık bulunmadığından temyize konu idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir”.⁴²⁸

⁴²⁵ İdari sözleşmeleri ayırdedici olarak kullanılan temel ölçütlerden birisi olan “sözleşmenin özel hukuku aşan kurallar içermesi (*clause exorbitante*) kamusal rejime örnek verilebilir. Waline, idari sözleşmelerdeki aşkın kuralları, “kamu düzenine aykırılık teşkil edip batıl olacağı için normal olarak özel hukuk sözleşmelerinde bulunmayan” koşullar şeklinde tanımlamaktadır. Aktaran, Jean Lamarque, “Le déclin du critere de la clause exorbitante”, **Melanges M.Waline**, Paris, LGDJ, 1974, s.515

⁴²⁶ Jean-Claude Venezia, idare hukukundaki kamu gücü ayrıcalıklarının özel hukuk karşısında bir özellik taşımadığını savunmaktadır. “Puissance publique, puissance privée”, s.367-vd; Bkz dipnot 143

⁴²⁷ Gerçekte demokratik rejim öncesinden devralınan icrailik ve re'sen icra kurumları eskiden farklı olarak kamu hizmeti gerekleri ile sınırlanarak bir ölçüde keyfilikten arındırılmaktadır. Bu sayede idare hukuku, idare edenlerin ayrıcalık hukuku olmaktan çıkmaktadır. Bkz. Jacques Chevallier, “Le droit administratif, droit de privilège”, **Pouvoirs**, sayı 46, 1988, s.57

⁴²⁸ D6.D., E.1996/5742, K.1997/4865, k.t.10.11.1997, **DD.**, sy. 96, 1998, s.269-271

“... İptal davasının konusunu oluşturan idari işlemin diğer bir unsuru ise ‘icrailik’tir. Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir. ...”⁴²⁹

Özel hukuktan farklı olarak, bireylerin irade uyuşması aranmaksızın devletin tek yanlı kararıyla bireyin özel mülkiyetine el atması olan kamulaştırma kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kullanılan özel yöntemlerdendir. Anayasa Mahkemesi kararında, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi zorunluluğunun, kamulaştırmanın koşulu olan “kamu yararının gerektirdiği haller” arasında olduğu sonucuna varılmaktadır.

“Devletin görevlerinin eskisine göre çok değişik alanları ilgilendirmesi ve özellikle bugünkü devlete birçok iktisadi görevler yükletilmiş bulunması ... (karşısında) Devletin, yalnızca ülkede disiplini sağlamakla görevli bulunduğu çağlardaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ile bugün Devletin birçok iktisadi görevlerinin de bulunduğu çağdaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları birbirinin benzeri olamaz. ... Bu kamu işlerinin görülebilmesi için zorunlu bulunan taşınmazların kamulaştırılmasında çağdaş anlayışa göre kamu yararı varsayılmalıdır.”⁴³⁰

Anayasa Mahkemesi kamu gücü ile kamu hizmetleri arasındaki ontolojik bağı kurmaktadır. Kamu hizmetleri kamu gücünü gerektirir. Anayasa Mahkemesi, eğitim kamu hizmetini konu alan bir kararında, “anayasanın, ‘özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar ... kanunla düzenlenir’ hükmüyle, milli eğitim hizmetlerinin kamu gücünün etkin bir düzeyde kullanılmasını gerektiren işlerden” olduğunun belirtildiğini söylemektedir.⁴³¹

Anayasa Mahkemesi, noterler hakkındaki bir düzenlemenin Anayasa’nın 40. maddesindeki çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesiyle, 42. maddesindeki angarya yasağına aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan itirazı, sözkonusu Anayasa ilkelerinin kamu hizmeti yürütenler için geçerli olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

⁴²⁹ D5.D., E.1995/4416, K.1996/1911, k.t.17.5.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.454-455

⁴³⁰ AM., E.1967/41, K.1969/57, k.t.23-25.10.1969, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.2, s. 71/12-a, AMKD, sy.8, s.18-113

⁴³¹ AM., E.1990/4, K.1990/6, k.t.12.4.1990, **AMKD**, sy.26, s.135, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.4, s. 59/1

“1512 sayılı Noterlik Kanunu’na göre noterlik bir kamu hizmetidir. Bu nedenle noterliğin, özel teşebbüs sayılmasına ve hakkında özel teşebbüsle ilgili kuralların uygulanmasına olanak yoktur.”⁴³²

Anayasa Mahkemesi, idari kuruluşların aralarındaki ilişki ve uyumsuzlukların, özel kişilerin ilişki ve uyumsuzluklardan farklı olduğunu, farklı kural ve usullere göre çözülebileceğini de saptamaktadır.

““umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere ait daire ve müesseseler arasındaki ihtilafların tahkim yolu ile halli hakkında Kanun’un 1. ve 4. maddelerinin Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. ... Yasanın belirlediği yolun bu idarelerin birbirleriyle olan ilişkilerinden bir bölümünün bir yasa ile düzenlenmesinden başka nitelik taşımadığı ortadadır. Söz konusu kuruluş ve kurumlar arasındaki çeşitli ilişkileri ve o ilişkilerinden doğan uyumsuzlukları kişiler veya kişilerle idare arasındaki ilişkilere benzeterek Anayasa’ca kişi hakları yönünden konulmuş ilkelerin bunlar hakkında da uygulanmasının gerektiği yolundaki görüş anayasal destek bulamaz. ...”⁴³³

İdare hukukundaki kamu gücü usullerine bir diğer örnek maaştan kesintidir. Normal usul, vatandaşlar için geçerli olan “ortak hukuk”taki yöntem İcra İflas Kanunundaki icra yolu iken, idareye kamu hizmetleri gerekçesine dayanan bir üstünlük tanınmıştır.

“Anayasa’nın yukarıda sözü edilen 160. maddesine göre Sayıştay kararlarının kesin hüküm niteliğini taşıdıkları kuşkusuzdur. Sayıştay’ın sayılı ilamıyla, mevzuata aykırı olarak ödenmiş olduğu tesbit edilen ... liranın tahakkuk memuru ve saymandan tahsiline karar verilmiş olup; 832 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 64/2. maddesi hükmü uyarınca bu miktarın İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre bu görevlilerden tahsil edilmesi gerektiği gibi, tazminle yükümlü tutulan tahakkuk memuru ile saymanın haksız ödemedden yararlanan kişi olan davacıya özel hukuk hükümleri çerçevesinde rücu haklarının saklı bulunduğu da açıktır. Bu durumda, davalı idarece kamu gücü kullanılarak davacının maaşından doğrudan kesinti yapılmak suretiyle mevzuata aykırı ödeminin tahsili yoluna gidilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından ...”⁴³⁴

⁴³² AM., E.1979/5, K.1979/29, k.t.19.6.1979, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.2, s. 75/10, AMKD, sy.17, s.202-215

⁴³³ AM., E.1972/19, K.1972/47, k.t.5.10.1972, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.2, s. 145/3, AMKD, sy.10, s.520-529; Kararda dikkat çeken bir diğer husus da “Anayasa’ca kişi hakları yönünden konulmuş ilkeleri”n idareye uygulanmayacağı görüşünün benimsenmiş olmasıdır. Özelleştirmeye ilişkin kararında Anayasa’nın mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemesinden kamunun da yararlanacağını belirtmesi bu içtihadıyla çelişiktir.

⁴³⁴ D5.D., E.1997/785, K.1997/1185, k.t.30.5.1997, **DD.**, sy. 94, 1998, s.359

Bir diğ er örnekte de, bir belediye encümeni, daha önce kiralanmış olan büfe yerlerini iptal etmiş, aradaki sözleşmeyi dikkate almayarak, bir ay içinde büfenin tahliyesi kararı almıştır. Davacı, idare ile arasında, büfenin kiralanmasıyla ilgili olarak sözleşme yapıldığı ve bunun üzerine ruhsat verildiği, böylece b feyi hukuki bir statüye bağlı olarak kullandığı, bu durumda, öncelikle sözleşmeyi geçersiz kılmak amacıyla tahliye davası açılarak bunun sonucu işlem yapılması gerekirken, sözleşmenin iptali ile doğrudan tahliye kararı verilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı ileri sürmüştür. Açılan dava  zerine Ankara 3. İdare Mahkemesi, adli yargı yerlerinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiş; Danıştay bu kararı, kira sözleşmesini farklı bir şekilde niteleyerek ve idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanarak bozm ştır.

“Yol, park, meydan gibi kamu malları üzerinde gelip geçmeye engel olmayan ve başkaca sakıncası görülmeyen alanların büfe yeri olarak belirlenmesi, bir yer tahsis işlemidir.

Tahsis  zerine, bu alanda kurulan büfenin kiralanmasından sonra sakıncalarını n ortaya çıkması durumunda, kamu yararı için işlem geri alınarak alan boşaltılır.

Bu nedenle büfenin, kira sözleşmesine dayalı da olsa, kamu gücüne dayanılarak yerinin iptal edilmesi ve boşatılması, temelde tahsisin geri alınması işlemi olmaktadır.

Olayda da, davacının kullanımına bırakılan büfe yerinin iptal edilmesi ile, tahsis işlemi geri alındığından, öncelikle tahliye davası açılması gerektiği yolundaki mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”⁴³⁵

Kamu hizmetinin yerine getirilmesinde özel taşınmazların geçici işgali de bir kamu gücü ayrıcalığı örneğidir. Menafii Umumiyye Müteallik Hususat İçin Efrada Ait Arazi ile Taş Ocaklarının Muvakkaten İşgali Hakkındaki 18 şubat 1331 tarihli Kanun’un 1. maddesinde, müteahhit veya emanet H k met tarafından icra edilecek imalat ve inşaatı nafiaya aşsaptan maada lüzumu olan her nevi gayrimamul, taş, toprak ile levazımı sairei inşaiyenin ihzar ve tedarikinin ve inşaatın hususatı sairesi için muktezi arazinin bu kanunda tesbit edilen usul dairesinde muvakkaten işgal olunacağı ve 9. maddesinde de tespit edilen hasar bedelinin derhal ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Kamusal usullere bir diğ er örnek de Devlet İhale Kanunu’nun 75. maddesinin IV. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre devletin özel mülkiyetinde ve hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların, işgali halinde, idarenin talebi üzerine bulunduğu yer mülkiye amirince en geç onbeş gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edileceği hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi, kişilere ait arazilerde PTT hizmetlerinin görülebilmesi için, tesisat kurma imkânı tanıyan 406 sayılı Telgraf Telefon Kanunu’nun 14. maddesinin (m.14 “*H k met eşhasın tahtı tasarrufundaki arazinin dahilinde ve emlak müessesatın haricinde telgraf ve telefon tesisatı inşasına selah iyattır. Ancak yapılacak tesisat işbu arazi, emlak ve müessesatın istimal ve istifadesini haleldar etmemesi lazımdır*”) Anayasa aykırı olmadığına karar vermiştir. PTT’ye tanınan söz konusu yetkinin mülkiyet hakkına aykırı olduğuna ilişkin iddiayı değerlendiren Anayasa Mahkemesi, kamu hizmeti sunumunun mülkiyet hakkının sınırlanmasının gerekçesi olabileceğini belirtmiştir.

“406 sayılı Kanunun itiraz konusu 14. maddesiyle mülkiyet hakkı kimi koşullarla sınırlanmış ve kayıtlanmıştır. Ancak, telgraf ve telefon gi bi toplumu ilgilendiren bir haberleşme tesisinin en kolay ve hızlı biçimde gerçekleştirilmesi ama landığına göre; mülkiyet hakkına konulan bu kayıtlama, kamu yararına dayanmakta, haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasa’nın 22. maddesi, gerekleriyle kişi yararına da olmakta ve maddedeki koşullar karşısında Anayasanın temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanması ile ilgili 13. maddesine de aykırılık oluşturmamaktadır.”⁴³⁶

⁴³⁵ D8.D., E.1995/2383, K.1996/715, k.t.15.3.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.618

⁴³⁶ AM., E.1993/9, K.1993/21, k.t.10.6.1993, **AMKD**, sy.29, s.307; Karara ortak karşıoy yazan Servet Tüzün ve Mustafa Gönül, dava konusu düzenlemenin, temel haklar ile toplum yararı bağdaştırılamamış olduğundan anayasa aykırı olduğunu savunmaktadır: "Bir kamu yönetiminin, kamu hizmetini yürütebilmek için sahip olduğu yetki, önceliğini ‘kamu gücü’nden değil, ‘kamu yararı’ndan almaktadır. Kuvvet hakkın değil, hak kuvvetin belirleyicisidir. Bir hukuk devletinde olması gereken de budur. O halde burada, evrensel boyutlarda ve kutsal nitelik taşıyan bir ‘temel hak ile, vazgeçilmezliği kuşku götürmeyen, ağırlıklı önemi, gerekliliği ve  ağdaş özelliği yadsınamayacak ‘toplum yararı’nın bağdaştırılması söz konusudur. İtiraz yoluyla iptal istemine konu edilen 406. sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 14. maddesi ise, PTT yönetimince yerine getirilecek ve kuşkusuz birer kamu hizmeti olan telgraf ve telefon tesisatı için mülkiyet hakkına müdahale yetkisi karşılığında rayiç bedel ödenmesi ya da malikle uzlaşma yöntemine başvurulması olanağını içermemektedir. Kamu yararına dayalı kamu hizmeti, tek yanlı bir devlet gücüyle karşılanır

Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde “imtiyaz yöntemi”ni tanımlarken Danıştay, kamu gücü ayrıcalıklarının kamu hizmetinin yapısında bulunduğunu ve bunların özel kişi tarafından kullanılmasının “imtiyazın” özelliği olduğunu belirtmektedir:

“Kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini özel bir girişimciye devreden ‘imtiyaz sözleşmeleri’ ile esasen idareye ait olduğu kabul edilen, hizmetin yürütülmesi için gerekli üstün yetkilerin özel hukuk tüzelkişisine kullanılması sözkonusudur. Bir başka anlatımla imtiyaz sözleşmeleri ile kamu hizmetinin yapısında bulunan ayrıcalık, kendisine kamu görevi verilen özel hukuk tüzelkişisine geçmekte, onun tarafından kullanılmaktadır.”⁴³⁷

İdari sözleşmelere idari olma özelliğini veren unsurlardan biri olarak “bir yanı teşkil eden idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi” özelliği kabul edilmektedir. Dava konusu olayda “hizmetin iyi işlenmesini denetleme durumunda olan idarenin, sözleşmeyi yapan davacıya ceza vermek yetkisini elinde bulundurması” bu unsurun gerçekleştiğinin kabulü için yeterli sayılmıştır.⁴³⁸

Kamu hizmetinin hukuksal rejimini ortak hukuktan ayıran özellikleri ifade etmek üzere genelde kamu gücü ayrıcalıkları ifadesi kullanılmakla birlikte, Truchet’nin belirttiği gibi, kamusal rejim iki temel unsurdan oluşmaktadır: yükümlülükler (*les obligations*) ve ayrıcalıklar (*les prérogatives*).⁴³⁹ Kamu hizmeti

durumdadır. Bu da, ‘demokratik toplum düzeninin’ gerekleriyle çatışmaktadır. Bir başka anlatımla temel hakkın özüne dokunmaktadır” s.311-312.

⁴³⁷ DİİK., E.1996/79, K.1996/83, k.t.3.10.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.36

⁴³⁸ D8.D., E.1965/933, K.1966/44, k.t.11.1.1966, **Danıştay Kararları (1965, 1966, 1967)**, Ankara 1967, s.235-236; Bu unsur Anayasa Mahkemesi kararlarında da imtiyazın kurucu unsurları arasında sayılmaktadır. Örneğin, AM., E.1994/43, K.1994/42-2, k.t.9.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.302

⁴³⁹ Truchet, “Label de service public et statut de service public”, s.435; Truchet’den aktardığımız ayırım Rivero tarafından geliştirilen idarenin bireylerden üstün yetkilerle donatıldığı gibi bireylerden farklı sınırlamalara da tabi olduğu görüşüne dayanmaktadır. Rivero’ya göre örneğin idarenin irade serbestisi yoktur; yasalarla tanınmış yetkisi sözkonusudur; idare amaçlarını, sözleşme ilişkilerinde karşı tarafı seçmede serbest değildir; personelini sınavla alır; kamu mallarını devredemez. Jean Rivero, “Existe-t-il un critère du droit administratif”, **RDP**, 1953, s.287-289; Vedel de bu ayrımı kullanmaktadır. Vedel’e göre, kamu gücü, sadece özel hukuktan olumlu aşkınlıklarıyla (ayrıcalıklar) değil olumsuz

“etiketi” yapıştırılan faaliyetlerin yerine getirilmesinde, aşağıda ele alacağımız klasik kamu hizmeti ilkelerine uyma temel yükümlülüktür. Bunun dışında, kamusal ve siyasal denetim, kamusal sorumluluk aracılığıyla kamu parasının korunması, kamu malları teorisiyle kamu mallarının korunması, kusursuz sorumluluğun geniş oranda uygulanması, işlemlerin yapılmasında yasal usullere tabiiyet, yasal yetki sınırları da akla gelen diğer örneklerdir. Ayrıca, idarenin şeffaflaştırılması, idari belge ve bilgilere ulaşım, kamu denetçisinin denetimine, idari usul kurallarına tabi olma gibi yeni yükümlülükler de getirilmektedir.

Kamu hizmetlerinin özel hukuktan farklı sınırlayıcı bir rejime tabi tutulmasının Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımış bir örneği hizmetin insan unsuru için getirilebilen kısıtlamalar ve özel (özgü) rejimdir. Anayasa Mahkemesi kamu hizmetinin niteliği ile farklı hukuki rejim arasında bir bağlantı kurmuştur:

“Kamu hizmetlileri, gerek toplum ve gerekse yüklenilen hizmetin şartları bakımından sade bir vatandaştan ayrı yükümlere ve kısıntılara bağlı tutulabilirler. Kamu hizmetlerini kabul etmek veya hizmette devam etmek kişinin kendi isteğine bağlı olduğundan önceden bildiği kısıtlamaları kabul etmiş sayılmak gerekir. Kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi için sınırlayıcı hükümler koymak hukuk kurallarına uygundur.”⁴⁴⁰

Karar uzatmalı jandarma erlerinin izin almadan evlenememelerinin yasaklanmasına ilişkin düzenlemeyi konu almaktadır. Anayasa Mahkemesi, sözkonusu kuralı Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ve özüne ilişkin 11. maddesine aykırı görmemiştir. Kararın temel gerekçesine göre, “*kamu*

aşkınlıklarıyla da (yükümlülükler) ayrılır. Georges Vedel, **Droit Administratif**, 2. B., Paris, PUF, 1961, s.19

⁴⁴⁰ AM. E.1965/2, K.1965/24, k.t.5.4.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.1**, s. 44/8, **AMKD**, sy.3, s.133-138; Kamu hizmetleri için, hizmetin insan unsurlarından olan memurlar bakımından özgü/özel hukuki rejim getirilebileceğine ilişkin bir diğer örnek karar da memur yargılama yöntemini konu almaktadır. Karara konu olan itirazda itiraz eden mahkeme sanık memurlar hakkındaki soruşturmanın ayrı bir yöntemle bağlanmasını yasalar önünde eşitlik ilkesine aykırı görmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “sırf memurlar hakkında uygulanan yasalarla memur olmayanların bir eşitlik ilişkisi düşünülemez. Öte yandan sözkonusu yasa, memurlara, bir zümre bir sınıf olarak imtiyaz tanımakta değildir. Yasanın sağladığı, bir çeşit güvencedir. Bu da kamu hizmetinin iyi işlemesi için düşünülmüş ve düzenlenmiştir.” AM., E.1967/14, K.1967/36, k.t.14.11.1967, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.1**, s. 45/16, R.G. 29.4.1968

hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi için sınırlayıcı hükümler koymak hukuk kurallarına uygundur.” Bu yoruma göre, kamu görevlilerinin temel haklarını kullanmaları “kamu hizmetlerinin gerekleri” gerekçesiyle de kısıtlanabilecektir.

Kamu hizmetleri, özel/özgü hukuki rejim gerektirir mi sorusuna bu karar karşısında şu yanıt verilebilir. Kamu hizmetinin işleyişi hizmet gerekleri nedeniyle özel hukuktan farklı sınırlayıcı bir rejime tabi tutulabilir. Bu yetki bulunmaktadır. Ancak karardan kamu hizmetinin bulunduğu yerde zorunlu olarak özel/özgü bir hukuki rejim bulunduğuna ilişkin bir sonuç çıkmamaktadır.

Kamu malları rejiminin özel hukuktaki mülkiyet rejiminden farklılığı da kamusal yükümlülükler arasında değerlendirilebilir. Anayasa Mahkemesi kamu malları rejiminin farklılığını saptamıştır.

“Anayasa tabii servetleri ve kaynaklarını Medeni Kanun kuralları na bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışına bırakmakta, onlara Devletin Devlet olmak niteliği ile eli altında tuttuğu nesneler düzeni içinde yer vermektedir. Her iki düzen ayrı koşullara ve kurallara bağlıdır; değişik niteliktedir; aralarında birbirlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır. Anayasa’nın 130.maddesi, tabii servetler ve kaynaklarının Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu açıklamakla aynı zamanda bunların mülkiyet konusu olamayacağını da kurala bağ lamıştır.”⁴⁴¹

Kamu mallarına haczedilememe ayrıcalığı tanıyan kuralın eşitlik ilkesine aykırı olduğu savını değerlendirirken Anayasa Mahkemesi, devletin (idarenin) işlevi ve niteliği gereği zaten farklı ve üstün olduğunu ve bireylerle eşit değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin eşitsizliğe dayandığını saptamaktadır.

“Günümüzde kamu yararı kavramı yanında, ‘toplum yararı’, ‘ortak çıkar’, ‘genel yarar’ gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, tümünün ‘bireysel çıkarlar’dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararı amaçlamasıdır. Toplumsal yaşamın adalet ve kararlılık içinde oluşmasını sağlayan öge, devletin, gerçek kişilere tanınmayan üstün iradesidir. Kişilere getirilen kimi yükümlülüklerin devlete yüklenmesini istemek, eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, toplumsal yaşamın dengeli bir sağlıklı biçimde

⁴⁴¹ AM., E.1963/126, K.1965/7, k.t.16.2.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.2, s. 163/1, AMKD, sy.3, s.27-36

sürdürülmesine olanak veren ‘devlet’ kavramının üstün anlamı ile de bağdaşmaz (s.176).

Devlet mallarının haczedilmezliği kuralı kamu hizmeti görevini yerine getirmenin gereğidir (s.178).

Bu mallar, hukuksal bakımdan özel mülkiyetteki mallardan farklı olduğu gibi, elde edilmeleri, yararlanma koşulları, elden çıkarılması bakımından değişik kurallara bağlıdır. Kamu malları, nitelikleri, kullanma biçimleri ve kamu hizmeti ile ilişkileri yönünden yönetimin özel hukuk alanındaki mallarından farklıdır (s.172).

Dava konusu Devlet mallarına karşı haciz yoluyla takip yapılmasını önleyen kural, devletin kamu malları ile özel hukuka tabi olan özel malları arasında bir ayırım yapmamıştır. Kamu hizmetlerine özgülenmiş ve halkın doğrudan yararlandığı malların haczedilememesi ilkesi, kamu hizmetlerinin görülebilmesini kolaylaştırarak hukuk devletinin gerçekleşmesine yardımcı olur (s.173).”⁴⁴²

İdarenin kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel (ortak) hukuk araçlarının kullanıldığı durumlarda bile kamusal araçların devrede bulunduğuna ilişkin bir kararda Anayasa Mahkemesi, idarenin özel mallarının da özel hukuktakinden farklı bir statüye sahip olduğu sonucuna varmıştır. SSK’nın kiraya verdiği malların, kira sözleşmelerinin yasayla feshedilmesine ilişkin kuralı Anayasa’ya aykırı görmemiştir. Buna göre, idarenin özel malları bireylerin özel mallarıyla aynı konumda değildir.

“Kamu taşınmazlarının bir bölümü, kamu hizmetine özgülenmeden gelir getirmek amacıyla kiraya verilmektedir. Kamu hizmetine özgülenen taşınmazlar, kamu hukuku ilişkisi içerisinde ve idare hukuku kurallarına göre yönetilmesine karşın kiraya verilen diğer taşınmazlar ise, üçüncü kişiler yönünden özel hukuk kurallarına bağlıdır. Ancak kamu idaresi ile taşınmaz arasındaki ilişki özel hukuktaki malik-taşınmaz arasındaki mülkiyet ilişkisinden farklıdır. Özel hukukta malik, taşınmazı üzerinde dilediği gibi tasarruf yetkisine sahip iken, kamu idareleri sahip oldukları taşınmazlarının kiralanmasında, satılmasında belli kurallara uymak ve elde ettikleri gelirleri kamu hizmetine ayırmak zorundadırlar. Diğer yandan bunlardan elde edilen gelirin, kamu

⁴⁴² AM., E.1992/13, K.1992/50, k.t.21.10.1992, **AMKD**, sy.29, s.173; Anayasa Mahkemesi, özelleştirme kapsamındaki ve kapsamına alınacak kuruluşların taşınır ve taşınmaz her türlü mal, hak ve alacaklarının, bu kuruluşlar özelleştirme kapsamında kaldığı sürece haczedilemeyeceğini, konulmuş olan hacizlerin kalkacağını ve takiplerin düşeceğini öngören 4046 sayılı Yasa’nın 15.maddesini ise iptal etmiştir. Gerekçe "özelleştirilecek kuruluşları çekici hale getirme" yoluyla sağlanması düşünülen kamusal yararın, kişinin alacak hakkının güvencesiz bırakılmasının haklı nedeni olamayacağıdır. Bu nedenle iki karar arasında çelişki bulunmamaktadır. AM., E.1996/66, K.1997/7, k.t.31.1.1997, **AMKD**, sy.33, c.1, s.301.

idaresinin yapmakla yükümlü olduğu hizmete harcanması da , bu taşınmazların kamu hizmetine dolaylı olarak özgülmesi anlamındadır. Böylece taşınmazını kiraya veren kamu idareleriyle, kiralayan gerçek ve özel tüzelkişiler ayrı hukuksal konumdadır. Bu nedenlerle, itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü yoktur.”⁴⁴³

Kamu hizmeti ile kamu gücü ayrıcalıkları ya da genel olarak kamu gücü arasındaki ilişki yüzyıl başındaki dönüşümde, hukukçular arasındaki temel tartışma konularındandır. Kamu hukuku ile idare hukukunu, kamu gücünün hukuku olarak kuran anlayışla artık açıklayıcı kavramın kamu hizmeti olduğunu savunan anlayış arasındaki tartışmanın en tipik metni olan Hauriou'nun, İdare ve Kamu Hukukunun Umumi Esasları adlı kitabının 1927 tarihli 11. basısının önsözünde sorun kamu gücünün kamu hizmetiyle kaynaştırıldığı, kamu gücünün kamu hizmetiyle sınırlandırıldığı bir yaklaşımla aşılmaya çalışılmıştır. Hauriou'ya göre kamu gücü esas anlayıştır. “Kamu hizmeti, kamu düzeni (*police*) anlayışı içinde, belirlenmiş bir hizmetin topluma düzenli ve sürekli biçimde sunulmasını üstlenen kamu gücünün ve kamu yetkilerinin örgütlenmesidir.”⁴⁴⁴

⁴⁴³ AM., E.1994/44, K.1994/56, k.t.18.7.1994, **AMKD**, sy.32, c.1, s.23; Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ait taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerini sona erdiren 4331 sayılı Yasa'nın iptali istemiyle açılan davada, “dava konusu 48. madde ile Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ayrıcalık tanınarak özgürce düzenlenmiş kira sözleşmelerinin, bir yasa kuralıyla sona erdirilmesinin Anayasa'nın ‘herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir’” kuralını içeren 48. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi de bu iddiayı benimseyerek iptal kararı vermiştir: “Özel hukukta kişiler özgür iradeleriyle, ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip, biçimlendirirler. Emredici kurallara, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmadıkça bir sözleşmenin konusu, süresi ve koşulları serbestçe saptanabilir. Anayasa'nın 48. maddesince koruma altına alınan bu özgürlüktür. ... Vakıflar Genel Müdürlüğü ile kiracıları arasındaki kira sözleşmeleri, tarafların özgür iradeleriyle oluşmuş ve her iki tarafa da hak ve yükümlülükler getiren sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, Borçlar Yasası ile Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Yasa kuralları gereğince yapılmıştır. Kiralananın kullanılma koşulları, kira süresi, bedeli, bedelin ödenme zamanı ve yöntemi gibi hususlar, hukuk kurallarına dayanılarak ve kuralların çizdiği sınırlar içinde taraflarca saptanmıştır. Hukuk devleti ilkesi, yürürlükte olan yasa kurallarına göre, kazanılmış haklara saygı gösterilmesini gerektirir. ... Sürelerin tamamlanmalarını beklemeden, kira sözleşmelerini sona erdirip, tarafları yeni sözleşme yapmaya zorlamak, sözleşme özgürlüğü ve demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz.” AM., E.1998/10, K.1998/18, k.t.20.5.1998, **AMKD**, sy.34, c.1, s.334

⁴⁴⁴ Hauriou, **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**, s.16

Chevallier'ye göre, "idare hukuku hizmet ve güç kavramlarının diyalektik hareketi dengesinde işler. Bu ilişki idare hukukunun olduğu kadar devletin de meşruluk temelinde yer alır."⁴⁴⁵ Bu nedenle, kamu hizmeti anlayışı da kamu gücü anlayışını tam olarak devredışı bırakamamış, kamu gücü, bu kez de kamu hizmetine tanınan ayrıcalıklar şeklinde geri dönmüştür. Kamu hizmeti ile kamu gücünün birlikteliği anlayışı buradan kaynaklanır.

Yerine getirilmesinde kamu gücü ayrıcalıkları kullanılmayan kamu hizmetlerinin bulunduğu kabul edilse bile bunlar da tamamen ortak hukuka tabi olamaz. Kamu gücü ayrıcalıkları kullanılmayarak piyasa aktörleriyle eşit kamu hizmeti sunumu durumlarında da en azından kamusal yükümlülükler sözkonusu olacak ve bunlar kamusal rejimi doğuracaktır. Örneğin, Derbil, kamusal usullerle -ki bununla kamu gücü ayrıcalıkları uygulanmasını kastetmektedir- kamu hizmetinin ilkelerini ayırmakta ve kamusal usuller uygulanmayan kamu hizmetlerinin de bu ilkelere tabi olduğunu belirtmektedir. Derbil'e göre kamu hizmetinin uyulması zorunlu ilkeleri faaliyetleri özel teşebbüslerden ayırmaktadır. Her kamu hizmetinde mutlaka kamusal ayrıcalık yetkileri kullanılmaz ama tüm kamu hizmetleri kamu hizmeti ilkelerini uygulamak zorundadır. Kamu hizmeti ilkeleri, kamu hizmeti faaliyetlerini özel faaliyetlerden farklılaştırır: "Bütün kamu hizmetlerinde bulunan bu özellikler dolayısıyla hiç bir kamu hizmetinde yalnız özel hukuk kurallarının uygulanabileceği ileri sürülemez. Ayrı bir hukuk rejimi uygulamak gerektiği kabul edilince özel işletme mahiyetinde bir kamu hizmeti de ortada kalmaz."⁴⁴⁶ Derbil bu bağlamda, kural olarak kamu gücü ayrıcalıkları kullanmadıkları kabul edilen sınıai veya ticari kamu hizmetlerinin de tamamiyle özel işletme sayılamayacağını belirtmektedir. Derbil'e göre, kamu hizmetlerinde mümkün oldukça özel hukuk kurallarının uygulanması; tekel halinde olmayan ve özel işletmelerle paralel çalışan kamu hizmetleri için üstün haklar tanımak suretiyle özel işletmelerin durumlarını güçleştirmekten sakınılması, tamamiyle özel işletmeler durumunda bir kamusal

⁴⁴⁵ Chevallier, "Les fondements ideologiques du droit administratif français", s.5, 39

⁴⁴⁶ Derbil, **İdare Hukuku c.II**, s.425

hizmetin kurulması sonucunu doğurmaz; süreklilik, eşitlik, hasbılık ve değişkenlik esasları, kamu hizmetini ayırdetmek için yetinilir birer ölçüt olarak kalacaktır.⁴⁴⁷

Kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri kamu hizmetine eklenen bir dış unsur değildir. Kamu hizmetinin doğasında yer alır.⁴⁴⁸ Zira toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında siyasal örgütlenmenin faaliyet üstlenmesi artık kısmen de olsa piyasanın dışına çıkmadığını özel girişimlerden farklılaştığını gösterir. Aksini düşünmek, yani siyasal örgütün de tam bir piyasa aktörü olabileceğini kabul etmek kapitalist iktisadi düzende siyasal örgütlenmenin bu tür faaliyetlerinin meşruiyetini ortadan kaldırır.

Jèze'in ifadesiyle “gerçek anlamda kamu hizmeti sözkonusu olduğu her durumda ortak ihtiyaçların tatminini kolaylaştıran ve mükemmelleştiren, kamu hizmetlerinin düzgün ve sürekli işlenmesini sağlayan özel kuralların ve kuramların varlığını saptayabiliriz.”⁴⁴⁹ Yukarıda da belirttiğimiz gibi *common law* hukuk ailesi için de bu durum geçerlidir. “Bu özel kural ve kuramların amacı bireysel çıkar genel çıkar karşısında eğilmeli düşüncesine hizmet etmektir. ... Özel hukuk çatışan menfaatlerin eşitliği ilkesine dayanırken (Jèze burada malını satmayan malikin zorlanamayacağı örneğini vermektedir -OK); kamusal yöntem, çatışan menfaatlerin eşitsizliği ilkesine dayanır. Kamu yararı özel çıkara üstün gelir.”⁴⁵⁰

Ortak (özel) hukuktan farklılık unsuru olarak kamu gücü ayrıcalıkları ile kamu hizmeti arasındaki bağlantı özellikle faaliyetin, mevzuatta açıkça kamu hizmeti

⁴⁴⁷ **Ibid**, s.426 Derbil farklı hukuksal rejime kamu hizmetinin tanımında da yer vermiştir. “Kamu hizmeti, özel işletmelerin yetersiz görülmesi dolayısıyla kamusal ihtiyacı karşılamak düşüncesiyle hükümet edenlerin idareleri veya idari denetleri altında kurulmuş ve az çok ayrı bir hukuk rejimine bağlı işletmedir.”

⁴⁴⁸ Fransız öğretisinde kamu gücü ayrıcalıklarıyla belirlenen farklı hukuki rejimin, kamu hizmetinin kurucu unsuru olduğunu savunan görüş (Latournerie) karşısında, bunun bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenmesinin sonuçlarından biri olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır (Waline). Bkz. Jacques Chevallier, **Le service public**, I.B., PUF, Paris, 1971, s.18-19

⁴⁴⁹ Jèze, **Les principes généraux du droit administratif**, s.2

⁴⁵⁰ **Ibid.**, s.3; Aynı ifadelere atıfsız şekilde Onar'da da rastlamaktayız.

olarak nitelenmediği durumlarda, yargı tarafından tanıma ölçütü olarak kullanıldığında pratik önem kazanmaktadır.

Fransız içtihatlarında, özellikle *Caisse primaire Aide et Protection (CE, 1938)* kararından sonra, özel kişilerin yaptıkları faaliyetlerin, yasamanın veya idarenin açıkça herhangi bir kamu hizmeti gördürme ilişkisi kurmuş olmamasına karşın içtihatla kamu hizmeti sayılabilmesi, "kamu hizmetinin ölçütü"nde zayıflamaya yol açmış ve bu boşluk kamu gücü ayrıcalıklarının, faaliyeti kamu hizmeti olarak tanımlamada kullanılabilecek güçlü belirti sayılmasıyla doldurulmuştur. Hükümet temsilcisi Latournerie'nin *Établissement Vézia (CE, 1935)* kararına sunduğu görüş, *Morand (CE, 1946)* Kararıyla benimsenmiş ve *Magnier (CE, 1961)* ve *Narcy (CE, 1963)* kararlarıyla yerleşmiştir. Ancak, Fransız içtihatlarında kamu gücü ayrıcalıkları ile kamu hizmeti arasında kurulan bu sıkı bağlantıyı zayıflatan bir eğilim de ortaya çıkmıştır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Bernardi (TC, 1978)* kararı ile Fransız Devlet Şurası'nın *Époux Barbier (CE, 1968)* kararlarında kamu gücü ayrıcalıkları kamu hizmeti ilişkisi koparılmıştır. Bu durumda kamu gücü ayrıcalıkları kullanmayan kamu hizmetleri olabileceği kabul edildiği gibi tersinden özel kişilere kamu hizmetleri dışında da kamu gücü ayrıcalıkları tanınabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu içtihat baskın hale gelmemiştir; her iki eğilim de birlikte varlığını sürdürmektedir.⁴⁵¹ Kamu gücü ayrıcalıkları - kamu hizmeti birlikteliği, sınai veya ticari kamu hizmeti gören özel kişilerin işlemlerinin idariliğini ve kamu hizmeti gören özel hukuk kişilerinin idari sorumluluğunu saptamada önemini korumaktadır.⁴⁵²

⁴⁵¹ Bu gelişmeler ve kararların değerlendirmesi için bkz. Jean-Baptiste Geoffroy, "Service public et prérogatives de puissance publique, Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre", **RDP**, 1987, s.50-51; Kamu gücü ayrıcalıkları ile kamu hizmeti ilişkisinin koparılması, öğretide de önemli tartışmalar yaratmıştır. Örneğin, Fransız idare hukuk yazının önemli makalelerinden olan Truchet'nin "Label de service et statut de service public", yazısını güdüleyen bu yaklaşımın eleştirisidir.

⁴⁵² Geoffroy, "Service public et prérogatives de puissance publique", s.60

Fransız hukukunda, kamu gücü ayrıcalıklarının özel kişilerin gördüğü kamu hizmetlerinin tanınmasında kullanıldığı, yukarıda adını andığımız daha eski tarihli kararlar bulunmakla birlikte *Narcy (CE, 1963)* kararı, bu birlikteliğin tüm unsurlarının oluşturulduğu örnek karar niteliğindedir. Kararda, özel kişi niteliğindeki teknik sanayii merkezleri faaliyetlerinin niteliğini saptamak durumunda kalan Fransız Devlet Şurası, üç unsuru değerlendirmiştir: a) Özel kişiye yüklenen bir kamu yararına faaliyet, b) özel kişiye tanınan, tekel veya zorunlu ödenti gibi, kamu gücü ayrıcalıkları, c) idarenin kamu hizmetinin gereklerini sağlamak için özel kişi üzerindeki denetimi.⁴⁵³ Bu birliktelik içtihatlarda varlığını sürdürmekle birlikte Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Bernardi (TC, 1978)* kararında, bir özel psikiyatri kliniğinin, bir il yönetimiyle yaptığı ruh hastalarının bakımı konusundaki anlaşmaya dayanarak yürüttüğü faaliyeti, "herhangi bir kamu gücü ayrıcalığı tanımayan bir kamu hizmeti" olarak nitelemesiyle zayıflamıştır.⁴⁵⁴ Geoffroy, bu karardaki faaliyetin zaten yasa gereği kamu hizmeti sayıldığını (Kamu Sağlığı Yasası gereği ruh hastalarının bakımı için illerin kamu ya da özel kurumlar oluşturmaları bir zorunluluktur) bu nedenle mahkemece faaliyetin nitelenmesi için ayrıca kamu gücü ayrıcalıklarının araştırılmasına gerek olmamasının normal olduğunu belirtmektedir.

Bernardi (TC, 1978) ve benzeri içtihatların yarattığı parantez dışında Fransız öğretisinde de "kamu gücü ayrıcalıkları – kamu hizmeti birlikteliği"ne ilişkin eleştiriler bulunmaktadır. Örneğin Waline 1962 yılına ait bir karar notunda, Fransız Devlet Şurası'nın özel kişilerin işlemlerinin idari olup olmadığına karar verirken kamu hizmetini hiç kullanmadan, doğrudan kamu gücü ayrıcalıkları ölçütüne başvurduğunu savunmakta; Auby ise 1969 tarihli bir karar notunda, sınırlı olmakla birlikte kamu hizmeti yerine getirmeyen fakat kamu gücü ayrıcalıkları kullanan özel kişilerin olabileceğini kabul etmektedir. Kamu gücü ayrıcalıklarının kamu hizmetinin varlık koşulu olmadığı, bunların kamu hizmetinin sonucu olduğu görüşü De Soto tarafından savunulmuştur. Moderne ise, kamu hizmetleri arasında bir ayırım

⁴⁵³ *Ibid.*, s.57

⁴⁵⁴ *Ibid.*, s.61

yapmakta kayıtlayıcı faaliyet (*réglementation*) niteliğindeki kamu hizmetlerinin kamu gücü ayrıcalıkları gerektirdiğini, buna karşılık yararlandırıcı faaliyet (*prestation*) niteliğindeki kamu hizmetleri için bu gereksinimin bulunmadığını savunmaktadır.⁴⁵⁵

Truchet bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği kazanmasının o faaliyetin yasakoyucu veya yargıç tarafından kamu hizmeti olarak etiketlenmesine bağlı olduğunu; kamu hizmetinin bu etiketleme dışında bir kaynağı bulunmadığını kabul etmektedir. Ancak bu görüşün zayıf olduğunu düşünse gerek, kamu hizmetinin “etiketi” - “statüsü (hukuksal yapısı)” ayırımına gitmekte ve bu ikisinin örtüşmesi gerektiğini belirtmektedir. Truchet’ye göre kamu hizmetinin statüsünün kurucusu kamu gücü ayrıcalıklarıdır. Bu noktadan kalkan Truchet, kamu hizmetinden kamu gücü ayrıcalıklarının ayrılmasını, statünün kurucu unsuru olarak bunları gördüğü için eleştirmektedir.⁴⁵⁶ Venezia ise, kamu/idare hukukuna özelliğini verenin ne olduğunu açıklamadan, kamu gücü ayrıcalıklarının özel hukuk karşısında bir ayırıcı özellik taşımadığını, özel hukukta da eşitsizlik durumları, tek yanlı işlem ve re’sen icra özellikleri olduğunu savunmaktadır.⁴⁵⁷

Kanımızca kamu gücü ayrıcalıkları kamu hizmetleri kavramından ayrılmaz niteliktedir. Jèze’den beri savunulduğu gibi, kamu gücü ayrıcalıkları olmaksızın kamu hizmeti hayata geçme araçlarından yoksun kalacaktır. Ayrıca, “kamu gücü ayrıcalıkları özel kişilerin yerine getirdiği kamu hizmetlerinin ve bu konularda idari yargının görevinin saptanabilmesi için zorunlu bir araçtır.”⁴⁵⁸

Yasada açıkça niteliği belirtilmeyen bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığını saptamak durumunda kalan yargıcın aradığı, kamu hizmetinin varlığına delalet ettiği kabul edilen birtakım belirtiler, Fransız hukukundaki tanımıyla

⁴⁵⁵ Akatran, **Ibid.**, s.67-70

⁴⁵⁶ Truchet, “Label de service public et statut de service public”, s.433

⁴⁵⁷ Venezia, “Puissance publique, puissance privée”, s.367 -vd.

⁴⁵⁸ Geoffroy, “Service public et prérogatives de puissance publique”, s.53

“belirtiler demeti (*faisceau d’indice*)” kamusal rejimin unsurlarının neler olduğunu anlamamıza yardımcı olabilir. Bunlar incelendiğinde hepsinin kamu gücü ayrıcalıkları niteliği taşıdığı ve "eşitlik değil, otorite ve tabiiyet ilişkisi"⁴⁵⁹ ifade ettiği görülür. Duran bunları “karine” olarak adlandırmaktadır. Bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği yasada açıkça belirtilmemişse birtakım karinelere başvurmak zorunluluğu vardır. “Bu karinelerin başlıcaları, sözkonusu faaliyetin ifası için, kamulaştırma, vergileme, ceza kesme veya tekel kurma gibi kamu yetki ve usullerinin öngörülmesi, özel hukuktan ayrılan geniş veya dar kayıt ve şartların konulması, bu nitelikte hükümler taşıyan sözleşme ve şartlaşmaların bulunmasıdır.”⁴⁶⁰ Jèze de bunlara örnek olarak hizmetin yürütülmesi için getirilen kamusal yükümlülükleri, imtiyazcının kullanıcılardan aldığı kamusal bedeli, tekel hakkını ve kamusal sorumluluk kurallarını saymaktadır. Fransız içtihadından örnek olarak şunları gösterebiliriz: Tek yanlı birel (*Société auxiliaire de Meunerie CE, 1959; Fédération nationale des huileries métropolitaines, CE, 1961*) ya da düzenleyici işlem yapma yetkisi (*Monpeurt, CE, 1942; Société Textron, CE, 1992*); tekel sahibi olma (*Magnier, CE, 1961; Fédération française des articles de sports, CE, 1974*); denetim, vesayet denetimi veya kararların idari onay gerekliliği (*Magnier*); disiplin yetkisi (*Fédération française de cyclisme, CE, 1976*); zorunlu aidat toplama yetkisi (*Narcy, CE, 1963*); re’sen icra yetkisi (*Magnier*).⁴⁶¹

⁴⁵⁹ **Ibid**, s.81

⁴⁶⁰ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.309

⁴⁶¹ Bunlar, hükümet komiseri Labetoulle’un, *Mme Cailloux c. Comité national pour la sécurité des usagers d’électricité (CE, 1982)*, kararına verdiği görüşten aktarılmıştır. **Recueil des décisions du Conseil d’Etat**, 1982, s.450; Kararda, Elektrik kullanıcıları güvenliği ulusal komitesinin, kullanıcıların elektrik tesisatı projelerini onaylama yetkisi bulunmaktadır; onaylı projeye sahip bir kullanıcının tesisat hatasından kaynaklı kaza sonucu uğranılan zararının tazmini için sözkonusu komiteye karşı açtığı davada Fransız Devlet Şurası, komitenin bir yaptırım yetkisi bulunmadığı yani bir kamu gücü ayrıcalığı kullanmadığı için idari yargının da görevli olmadığına karar vermiştir. Hükümet komiserinin kamu gücü ayrıcalıklarını değerlendirdiği bir diğer örnek olay, *La société française des jeux (CE, 1999)*, kararında Hükümet komiseri Daussis’in görüşü, **RDP**, 1999, s.1845-1856

Türk Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Zingal* Kararları, kamu hizmetinin beraberinde kamu gücü ayrıcalıklarını da getirdiğine ilişkin önemli saptamalar içermektedir.

Sinop bölgesi Zingal ve Çangal ormanlarının işletmesini Bakanlar Kurulu tarafından yapılan sözleşmeyle üstlenmiş bulunan bir anonim şirketin, sözleşmenin Tarım Bakanlığınca bozulması ve tesisata el konulması üzerine idare aleyhine adli yargıda açtığı davada görev uyuşmazlığı çıkarılmış ve konu Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelmiştir. Mahkeme, kamu hizmeti ile kamu gücü ayrıcalıkları arasında sıkı bir bağlantı kurmuştur. Konu idari sözleşmeler bağlamında ele alınmıştır. Kararda kamu gücü ayrıcalıklarının, kamu hizmetine eklenen dışsal bir etken değil, onunla birlikte varolan bir kurucu unsur olarak değerlendirildiği görülmektedir.

“Bir âmme hizmetinin tanzim ve işlemlerini temin maksadıyla münakaait olan ve idari prensip ve kaideleri harekete getiren idari mukaveleler, Devletin âmme kudretine dayanmaksızın tamamen fert gibi hareket ettiği ve tam bir müsavat esasına dayanan hususi mukavelelerinden ayrı bir karakter arzeder.

Bu mukavelelerde âkit olan özel veya tüzelkişinin, hizmetin işlemesine iştirak ettirilmesi, bunlara âdi mukavelelere nazaran ağır vecibeler tahmili, hizmeti umumun menfaatına uygun bir şekilde yürütmekle görevli ve sorumlu olan idarenin alelâde bir fert mevkiinde kalmaması, âmme hizmetlerinin icap ve zaruretleri icranın devamınca değişebileceğinden mukavele şartlarını da bu icaplara göre tadil etmek kudret ve salâhiyetinin idari otoriteye tanınması, hizmetin yürütmesinde aksaklık husule getiren âkit hakkında zecrî hükümler vaz'ı, el koyma ve uzun müddetli olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi âdi mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması mutad olmuştur. ...

Muhteva itibariyle de [dava konusu] bu mukavele, âdi mukavele hudutlarını aşan bir çok kayıt ve şartları ihtiva etmektedir. Ezcümle ormanın teşcir, imar ve muhafazası, Hükümetçe muaddillerine verilen nisbet maaş verilmek şartıyla kâfi miktarda muhafız kullanılması ve yine maaşı şirketçe tediye olunmak üzere şirket nezdinde hükümet komiseri bulundurulması, memur ve müstahdemler için konut inşa ve dispanser ihdası, amelenin Türk vatandaşlarından seçilmesi ve müstahdemin çocuklarının okutturulması, Avrupa'ya öğrenci yollanması, yardım sandığı tesisi gibi âkit şirkete mecburiyetler tahmili bu zümredendir.

Hizmet nef'ine istimlâk kaidesinin cereyan edebilmesi ve hariçten getirtilecek makine, alât ve edevat gibi işletme ile ilgili eşya ve levazımın gümrük resminden muafiyeti ve müteşebbisin, hizmet ifasına iştirak ettirilmesi ve elli senelik uzun bir süre kabulü gibi mümtaz şartların mevcudiyeti, mukaveleyi hususi hukuk mukavelelerinden ayıran ve bundan başka bir kategoriye aidiyetini yeknazarda gösteren hususisayetlerden ve farik vasıflardandır.

Mukavelede idareye resen fesih hakkının tanınmış olması; âmme hizmetlerinin

tanzim ve idaresinde yegâne vazifeli ve sorumlu olan Hükümetin, kararlar almak ve aldığı kararları icra mevkiine koymak hususunda bir fert gibi mahkemeden karar almak mecburiyetinde olamayacağı ve mahkemeye başvurma mecburiyetinin bu icraî kararlardan müteessir olan fertlere taallûk edeceği yolundaki âmme hukukunun esaslı bir kaidesinin tebarüz ettirilmiş bir ifadesidir. Ve sadece hizmet nef'ine olarak konulmuş olan bu kayıt, bahis konusu olan işletme mukavelesinin karakteristik vasfını tâyin ve bir idari mukavele olarak kabulüne kifayet edebilir.”⁴⁶²

Kamu hizmeti ile kamu gücünün birlikteliğinin kabul edilmiş olmasının yanısıra karardan kamu gücü ayrıcalıklarının neler olabileceğine ilişkin ilginç örnekler de çıkarılabilmektedir.

Kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleriyle ortaya çıkan kamusal rejime kamusal yürütüm (gestion publique) adı verilebilir. Bunun dışında kalan ve özel alanın ortak hukukundaki (özel hukuk) araçların kullanılmasından oluşan rejime ise özel yürütüm (gestion privée) olarak adlandırılabilir.

Saf hukuki rejim yoktur; ilke hukuku ise kamu hukukudur saptamamızı bu yeni terimlerle ifade edersek, saf özel yürütüm yoktur; ilke kamusal yürütümdür.⁴⁶³ Özel yürütümün, yani ortak hukukun araçlarının ağırlıklı olarak kullanıldığı sınai veya ticari kamu hizmetlerinde bile zorunlu bir kamusal yürütüm unsuru bulunmaktadır.

Toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretiminin belirli oranlarda piyasa kurallarından bağışık kılınarak devletçe üstlenilmesi olarak tanımladığımız kamu hizmetinin "hukuksal rejiminin (yürütüm biçiminin) tamamen özelleştirilmesi" nitelik değişimini de beraberinde getirir. Ancak bunun için kamu hizmeti alanındaki faaliyetlerin "özel hukuka tabi olduğunun" öngörülmesi yeterli değildir. Piyasa

⁴⁶² UM, E. 1946/5, K. 1946/1, k.t. 24.1.1941, **Düstur**, T.III, c.27, 1946, s.876-878; Zingal orman işletmelerini konu alan aynı yönde aynı tarihli diğer iki karar : UM, E. 1946/7, K. 1946/2, k.t. 24.1.1941, **Düstur**, T.III, c.27, 1946, s.879-884 ve UM, E. 1946/8, K. 1946/3, k.t. 24.1.1941, **Düstur**, T.III, c.27, 1946, s.884-889

⁴⁶³ Kamu hizmetlerinin yürütüm biçimlerinde, hukuki rejimlerdeki kamusal-özel yürütüm karışımıyla yaratılan çeşitlilik için bkz. Conseil d'État, "Service public, services publics: déclin ou renouveau", (Fransız Devlet Şurası'nın 1994 Yıllık Raporu), **EDCE**, sy. 46, 1994, s.18-22; Kamu hizmetlerinde piyasa işletme tekniklerine dayalı özel yürütümün uygulanmasının modernleştirici etkisi olacağını savunan bir görüş için bkz. Jean-Michel Belorgey, "Vous avez dit 'gestion publique'", **RA**, sy 302, 1998, s.9-15

kurallarından bağımsızlıklar tamamen temizlenmelidir. Özellikle sınai veya ticari kamu hizmeti teşkilatları oluşturulurken kuruluş kanunlarında bunların özel hukuka tabi olarak faaliyette bulunacağı belirtilmektedir. Bu hükümler sözkonusu faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğini değiştirmemekte, sadece kuruluş kanunlarıyla sınırlı kalmayan bir mevzuat incelemesi ve genel ilkeler, bu faaliyetlerin önemli oranlarda kamusal kurallar çerçevesinde yerine getirildiğini göstermektedir. "Özel hukuka tabi olma" hükümlerinin doğuracağı düşünülen en doğrudan sonuç yargı düzeninin değişmesi olmakla birlikte bu da sınırlı biçimde gerçekleşmekte pek çok konu idari yargı düzeninde kalmaktadır.

Özetle kamu hizmetinin, piyasadan bağımsız kılınma unsurlarını tamamen temizlemeden, hukuksal rejimiyle, bir başka ifadeyle yürütüm biçimiyle oynayarak niteliğini değiştirebilme mümkün değildir. En fazla yargı düzeni değiştirilebilir. Kamu hizmetleri için farklı bir yargı düzenine tabiiyet, idari rejim ülkeleri için, piyasa kurallarından bağımsızlık unsurlarından sadece biridir.

Kamusal yürütüm ile özel yürütümün, yani kamusal rejim ile ortak hukuk rejiminin karma biçimde bulunduğu gerçeği, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da açıkça saptanmaktadır.

"Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyushabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur."⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ AM., E.1990/4, K.1990/6, k.t.12.4.1990, **AMKD**, sy.26, s.135, Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4, s. 59/1; Burada ilginç bir kamu hizmeti anlayışı var. Kamu hizmetleri bir bütün ve yerine getirilmesi devlete ait olan bir yükümlülük, yani bunları devlet tanımlamıyor, devlet sadece yerine getirmek zorunda. Kamu hizmetleri devlet tarafından yaratılmıyor, "toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğal(ıyor)". Devlete düşen görev toplum hayatının dayattığı/yaratdığı kamu hizmetlerini kendi teşkilatında kurmak veya bu hizmetlerin yerine getirilmesinde görev alan özel girişimleri denetlemek. Anayasa

Kamunun, kamu hizmetlerinin işleyişinde ortak hukuka tabi olması, kural olarak, sözleşme ilişkileri için geçerli olasılıktır, zira özel hukukta tek yanlı işlemler oldukça istisnaidir ve idarenin tek yanlı işlemleri kural olarak idaridir.

Uygulamada da kamu hizmetinin işleyişinde, kamu gücü ayrıcalıklarından vazgeçilerek özel hukuka tabi olunması sözleşmeler bağlamında ortaya çıkmaktadır. Konusunun kamu hizmeti olmasına rağmen, yapılış yönteminin ve içeriğinin özel hukuk sözleşmelerinden farklı olmaması durumunda idari sözleşmenin ortaya çıkmayacağı kabul edilebilir.

Bu durumda, idarenin kamu hizmetini yerine getirirken belirli konular için tabi olacağı hukuksal rejimi seçme olanağının bulunduğu, dilerse faaliyet konusu kamu hizmetleri olmakla birlikte, faaliyet aracını ortak hukuktan seçebileceği kabul edilmektedir. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamu gücü ayrıcalıkları kullanılmayan ve dolayısıyla ortak hukuka tabi durumlar bulunmaktadır. Hükümet komiseri Romieu *Terrier (CE, 1903)* kararında idarenin istisnai olarak kendini özel kişilerle eşit konumlandırarak faaliyet gösterebileceği görüşünü savunmuş; *Bac d'Eloka (TC, 1921)* kararından sonra, kamu hizmeti (amaç) ile kamu gücü (araç) birlikteliği kopmuş bireylerle eşit koşullarda kamu hizmeti yerine getirilebileceği kabul edilmiştir.⁴⁶⁵ Bu içtihadı göre özel kişilerle aynı koşullarda kamu hizmeti görülebilir ve bu durumda ortaya çıkan uyuşmazlıklar adli yargıya tabi olur. Karara göre idare hukuku tam olarak ancak “devletin doğası gereği, özü gereği yaptığı faaliyetlere uygulanır bunun dışındakilere, “hiçbir birey yerine getirmediği için devlet tarafından arızı ve istisnai olarak üstlenilen” faaliyetlere özel hukuk uygulanır. *Bac d'Eloka* kararındaki sonuçlar daha sonra diğer içtihatlarda da benimsenmiş (*Société générale d'armement CE, 1921; De Robert Lafreygère, CE, 1923; Khun, CE, 1932;*

Mahkemesi'nin bu yaklaşımında İdare hukuku yazınında yaygın olarak kabul gören kamu hizmetlerini yasa koyucunun iradesi belirler anlayışından farklı olarak, Duguit'ci bir anlayışın izleri bulunmaktadır. Toplumsal dayanışmanın/bağımlılığın gereği olarak ortaya çıkan kamu hizmetlerinin devlet tarafından üstlenilmesi. Bu anlayışa göre, yasakoyucunun işlevi ortaya çıkan bu hizmet alanlarından hangisinde hizmeti örgütleyeceğine karar vermekle sınırlıdır.

Société française de constructions, CE, 1925) ve kamu gücü ayrıcalıklarına başvurulmadan yerine getirilen iktisadi nitelikli kamu hizmetlerinin ayrı bir kategori yarattığı kabul edilmiştir.⁴⁶⁶ Klasik kamu hizmetlerinin karşına konan bu kategori “sınai veya ticari kamu hizmetleri (*services publics industriels et commerciaux*)” olarak adlandırılmaktadır.

Sınai veya ticari kamu hizmetleri kategorisi, bireylerle eşit koşullarda yerine getirilen faaliyetlerin de kamu hizmeti olduğu kabul edildiğinden kamu hizmetinin alanını genişletmekle birlikte, kamu hizmetlerinin mutlaka ortak hukuku aşan bir hukuki rejimi gerektirmediğini varsayması nedeniyle kamu hizmeti - idare hukuku bağlantısını zayıflatmıştır. Chevallier, sınai veya ticari kamu hizmetleri çözümünün kabul edilmesinin sonucunun kamu hizmetinin hukuki değerinin aşınması, idare hukukunun açıklayıcı gücünü yitirmesi olduğunu belirtmektedir.⁴⁶⁷

Kamusal yürütüm özel yürütüm, yani kamusal rejim, ortak hukuk rejimi karma biçimde bulunur. İlke hukuk olarak, özel yürütüme tabi olan sınai veya ticari kamu hizmetleri için de zorunlu bir kamusal rejim bulunmaktadır. Düzen sağlama hizmetlerinde (kollukta) kamusal rejim ilke olarak tamdır. Diğer kamu hizmetlerinde çeşitli derecelerde ortak hukuk rejimi uygulanabilir. Düzen sağlama hizmetlerinde, kamusal rejim dışında özel hukuk rejiminin herhangi bir oranda uygulanıp uygulanamayacağı da değerlendirilebilir.

Kamu hizmetlerinde, zorunlu kamusal rejim saptaması yargı kararlarında da bulunmaktadır. Kamu hizmeti olan telekomünikasyon hizmetinin özel hukuk kurallarına göre işleyen bir anonim şirkete verilmesinin anayasaya uygun olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi, bu durumda da minimum bir kamusal rejimin varlığını zorunlu görmektedir.

⁴⁶⁵ Chevallier, “Les fondements ideologiques du droit administratif français”, s.18

⁴⁶⁶ **Ibid.**, s.20

⁴⁶⁷ **Ibid.**, s.52

“Kamu iktisadi teşebbüsleri, 233 sayılı KHK’nin 4. maddesinde de öngörüldüğü gibi, ticari esaslara, yani özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kamu yararı amacıyla çalışan kamu tüzelkişileridir. Kamu iktisadi teşebbüsleri, özel teşebbüsler gibi kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak durumunda olduklarından, dış ilişkilerinde ticari ilke ve yöntemlere göre başka anlatımla özel hukuk kurallarına göre davranmak zorunda ırlar. Kamu iktisadi teşebbüsünün özel hukuk kurallarına bağlı olarak faaliyette bulunması onun kamusal niteliğini değiştirmez. Çünkü, kamu idareleri ve idari kamu kurumları da gerektiğinde özel hukuk kuralları uyarınca işlem yapabilmektedir. Kamu iktisadi teşebbüsleri iç yapı ve ilişkileri yönünden kendi yasaları ile idare hukuku kurallarına bağlıdırlar.”⁴⁶⁸

Anayasa Mahkemesi, bir kamu hizmeti olan telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi için Türk Ticaret Kanunu ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstereceği belirtilen bir AŞ kurulmasının anayasaya aykırı olduğu savını benimsememiştir. Mahkeme, KİT’lerin hukuki rejimine ilişkin önemli saptamalarda bulunmaktadır.

“Anayasa’da ve yasalarda kamu tüzelkişiliğine bir çok alanda sıfatına özgü hukuksal durumlar verilmekte; üstün, sınırlı ve kısıtlı yetkiler, haklar olanaklar sağlanmakta; bağışıklık ve ayrıcalıklar tanınmakta, görevler yüklenmektedir. Ayrıca, kamu tüzelkişileri, nitelikleri ve özellikleriyle bağdaştığı ölçüde, özel hukuk tüzelkişilerinin özel hukuk hükümlerine göre sahip olduğu hakları kullanabilecekleri gibi borçları da yüklenebilirler. Ancak, özel hukuk kurallarına bağlı olsalar da kamu tüzelkişilerinin asıl hukuksal rejimi kamusal mevzuat kuralları ile İdare Hukuku kurallarıdır.”⁴⁶⁹

Anayasa'nın 128.maddesinde yer alan "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" hükmüne ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadı kamu hizmetlerinin hukuki rejimi konusunda önemli açıklıklar getirmektedir.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi 21.1.1988 tarihli bir kararında, kamu hizmetleri arasında bir ayrıma gitmiş; bunu yaparken hizmetin yürütüm esaslarını ölçüt almıştır. Anayasa Mahkemesi, sözkonusu kararda, Devlet Yatırım Bankası personelinin

⁴⁶⁸ AM., E.1994/70, K.1994/65 -2, k.t.22.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.408

⁴⁶⁹ **Ibid.**

Anayasa'nın kamu hizmeti görevlilerini düzenleyen 128. maddesi kapsamına girip girmeyeceğini belirlemeye çalışmıştır.

“Bilindiği gibi kamu bankaları tıpkı bankacılık sektöründe faaliyet gösteren özel sektör bankaları gibi kredi ve mevduat işlemlerine dönük faaliyette bulunmakta ve özel sektör bankaları ile yoğun rekabet içinde çalışmaktadır. Adı geçen sektörde özel işletmecilik esasları hakimdir. Bu nedenle banka personelinin hizmetini ‘genel idare esaslarına göre’ yürütülen ‘kamu hizmetleri’nden saymaya imkân yoktur. Dolayısıyla adı geçen banka personelinin nitelikleri atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenecek ilkeler çerçevesinde düzenlenmesinde Anayasa'nın 128. maddesine herhangi bir aykırılık yoktur.”⁴⁷⁰

Anayasa Mahkemesi, sözkonusu banka personelinin ve dolayısıyla bankanın hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinden olmadığına; bu hizmetlere özel işletmecilik esaslarının hakim olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerini “*özel işletmecilik esasları hakim olan kamu hizmetleri*” ve “*genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetleri*” olarak ikiye ayırmaktadır. Bankada kamu görevlisi niteliğini taşıyan personel bulunup bulunmadığına ilişkin kararda bir açıklık yoktur. Sözkonusu bankada kamu görevlisi niteliğini taşıyan bir personel grubu bulunmuyorsa, karardan kimi kamu hizmetlerinin memur ve kamu görevlisi bulunmadan da örgütlenebileceği sonucu çıkmaktadır.

128. maddenin mantığına göre, genel idare esaslarına göre kamu hizmeti yürüten bir yapıda mutlaka kamu görevlisi çalıştırılmak zorundadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kamu hizmeti teşkilatlarındaki hizmetin niteliğini araştırmakta, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir hizmetin varlığını saptarsa kamu görevlisini de aramakta bunun bulunmaması durumunda iptal kararı vermektedir.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ AM., E.1987/11, K.1988/2, k.t.21.1.1988, **AMKD**, sy.24, s.30, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.4, s. 145/6

⁴⁷¹ Özellikle sözleşmeli personel konusundaki çelişik ve yer yer hukuksal kavramların biçimini bozan ("kadro karşılık göstermek suretiyle sözleşmeli personel çalıştırma", "atanan memurla sözleşme yapılması") gibi kararları bu zorunluluğu aşma çabasıyla ortaya çıkmaktadır.

Milli Savunma Bakanlığı hariç bütün kamu örgütlenmesindeki sağlık kuruluşlarının Sağlık Bakanlığı'nın kararıyla "kamu tüzelkişiliğini haiz sağlık işletmesine dönüştürüleceğini" ve bu sağlık işletmelerinde kadro karşılık gösterilmek suretiyle sözleşmeli personel çalıştırılabileceğini öngören düzenlemeyi denetleyen Anayasa Mahkemesi, özellikle personel bağlamında kamusal rejim ve kamu hizmetleri ilişkisini de değerlendirmiştir.

Kararda öncelikle genel bir saptama yapılmaktadır:

"(128.) madde, yürütmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden söz ederken, 'kamu hizmetleri'yle bağlantı kurmuş, hizmetlerin nitelik yönünden ayrılık taşıyacağı düşüncesinden hareketle devleti, kamu iktisadi teşebbüslerini ve diğer kamu tüzelkişilerini ayrı ayrı saymışsa da, hepsinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetleri kamu hizmeti olarak kabul etmiş ve bu hizmetleri görenlerin ancak memur ve diğer kamu görevlileri olabileceğini belirtmiştir."⁴⁷²

Genel saptamadan sonra, sağlık işletmelerinin "görevlerini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlardan sayılıp sayılamayacağı ve sözleşmeli personelin 128. maddede belirtilen "diğer kamu görevlileri" arasında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorularına yanıt arayan Anayasa Mahkemesi her iki soruya da olumlu yanıt vermiştir.

"Genel idare esasları" kavramına ilişkin bir tanımına rastlamadığımız Anayasa Mahkemesi, niteliğe ilişkin bir değerlendirme yapmak yerine 1975 tarihli bir kararnameye başvurarak soruyu yanıtlamaktadır. (Anayasa'da yer alan bir kavramın içeriğinin kararnameye başvurularak tanımlanmasının, kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri ve idarece her zaman kolayca değiştirilebilir nitelikte olduğu gözönüne alındığında pek çok sorun doğuracağı açıktır.)

"657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda değişiklik yapan 15.5.1975 günlü, 1897 Yasa'nın 5. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 26.11.1975 günlü, 7/10986 sayılı Kararname'de Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, devlete verilen asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlar arasında gösterildiğinden, bu bakanlığın yönetim ve denetiminde bulunan ve yer alan, sağlık işletmeleri de bir kamu hizmeti olan

⁴⁷² AM., E.1987/16, K.1988/8, k.t.19.4.1988, **AMKD**, sy.24, s.117

sağlık hizmetlerini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kuruluşlardan sayılmalıdır.”⁴⁷³

Belediye müstahdemlerinin Anayasa’nın 128. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerini gören memur veya kamu görevlisi kapsamına girip girmediğini değerlendiren Anayasa Mahkemesi, “genel idare esasları” kavramının niteliğini ve kapsamını açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi, ilk olarak, genel idare esaslarının sadece merkezi idare için geçerli olmadığını belirtmektedir.

“İster ‘merkezden yönetim’, ister ‘yerinden yönetim’ esası olsun, hepsi genelde idare çatısı altında ve ‘idarenin bütünlüğü’ ilkesi kapsamında aynı esaslara bağlıdır. ... Önemi ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri ‘genel idare esasları’na göre yürütülmektedir. ‘Genel idare esasları’na göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. Bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özellikleri, onu diğer hizmetlerden ayırır. Bu görevlerde bulunan kimseler, yasaların güvencesi altındadır. Anayasa’nın 128. maddesinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetleri ile ilişkin asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu görevlerin, kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir.”⁴⁷⁴

Müstahdemler statüer ilişki içinde istihdam edilmediği için Anayasa’nın 128.maddesi kapsamında değerlendirilmemiştir.

Kural olarak özel yürütümün geçerli olduğu sınai veya ticari kamu hizmetleri örgütlenmelerinde de genel idari esaslarına göre yürütülmesi gereken unsurlar bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararlarında da saptanmıştır. Saf özel yürütüm bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, KİT’lerde kamu görevlisi istihdamına son veren bir düzenlemeyi, “*KİT’lerin de genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri mutlaka vardır ve bunların da memurlar ya da diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir*” gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Kararda, sözleşmeli personel,

⁴⁷³ **Ibid.**, s.118

⁴⁷⁴ AM., E.1992/44, K.1993/7, k.t.9.2.1993, **AMKD**, sy.29, s.275

Anayasa Mahkemesi'nin diğer kararlarından farklı olarak kamu görevlileri arasında sayılmamıştır.⁴⁷⁵

Bu karardan sonra KİT personelinin statüsünü düzenlemek için çıkarılan 399 sayılı KHK'de, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir önceki düzenlemeden farklı olarak KİT'lerde memur çalıştırılması imkânı getirilmiş, ancak bunun sözleşmeyle yapılabileceği düzenlenmiştir. "Sözleşmeli memur" kategorisi hukukumuzda kazandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemede Anayasa'ya aykırılık görmemiştir.

"...Kamu iktisadi teşebbüslerinde, genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler mutlaka vardır. İptali istenilen düzenleme ile, kamu iktisadi teşebbüslerindeki bu çeşit hizmetlerin genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve idare başkanları, müessese müdürleri, bölge ve il müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile kadro unvanları (1) sayılı cetvelde gösterilen personel eliyle görülmesi ve bu personelin KHK'de belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Yasa'ya tabi tutulması öngörülmüştür. Ayrıca, memurların atandıkları kadrolarda sözleşmeli olarak çalıştırılması hükme bağlanmıştır. Böylece personel önce kadroya atanacak, sonra kendisiyle sözleşme yapılacaktır."⁴⁷⁶

Anayasa Mahkemesi, kararda Anayasa'nın 128. maddesine ilişkin genel bir değerlendirmede de bulunmaktadır. Genel idare esasları kavramına açıklık getirilmektedir.

"Anayasa'nın 128. maddesinde KİT'lerde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetleri ile bu nitelikte olmayan kamu hizmetlerinin olduğu gerçeği yatmaktadır. ... KİT'lerde asli ve sürekli nitelikte olmayan görevlerle, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerekmeyen kimi görevler kamu görevi niteliğini korumakla birlikte sözkonusu maddenin kapsamı dışında kalmaktadır.

Statü ayrımının yapılmasında öncelikle genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri belirleyecek objektif ölçütlerin getirilmesi gerekmektedir. Merkezi idare ile statüler bir ilişki, devletin kamu gücünün, emretme yetkisinin kullanılması, genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetlerin belirlenmesinde gözönünde bulundurulması gereken hususlardan bazıları olarak görülmektedir..."⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ AM., E.1988/5, K.1988/55, k.t.22.12.1988, **AMKD**, sy.24, s.498

⁴⁷⁶ AM., E.1990/12, K.1991/7, k.t.4.4.1991, **AMKD**, sy.27/1, s.212; Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4, s. 145/13-4, 5

⁴⁷⁷ AM., E.1990/12, K.1991/7, k.t.4.4.1991, **AMKD**, sy.27/1, s.223

Genel idare esaslarına göre yürütülecek kamu hizmetleri ile kamu görevlileri arasındaki zorunlu bağlantı kuralı, Anayasa Mahkemesi tarafından, ilginç bir biçimde, kamu hizmeti gören özel kişiler için de uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesi, Maden Kanun’a göre yönetmelikle tespit edilecek görevleri yürütmek üzere özel kişilerce kurulması öngörülen yeminli teknik büroların Anayasa’nın 128. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

“Anayasa’nın 128. maddesi ‘Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle görülür’ dediğine göre kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmayan yeminli teknik büro personelinin mutlaka ‘memur’ veya ‘kamu görevlisi’ olması gerekir. Bu nedenle dava konusu 48. madde, Anayasa’nın ‘kamu hizmeti görevlileri’ ile ilgili 128. maddesinin ikinci fıkrasına da aykırıdır.”⁴⁷⁸

Kararda dikkat çeken nokta, kamu hizmetine maddi yaklaşımın benimsenmiş olmasıdır. Kamu idaresi içinde yer almayan, özel kişilerce kurulan yeminli teknik büroların, yerine getirecekleri denetim ve gözetim hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu Anayasa Mahkemesi’nce “*kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmayan yeminli teknik büro*” nitelemesiyle saptanmıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, “kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmayan yeminli teknik büro personelinin mutlaka ‘memur’ veya ‘kamu görevlisi’ olması gerekir”; bu nitelikte olmayan kişilere kamu hizmetinin gördürülmesi Anayasa’ya aykırıdır. Özel kuruluştaki kamu görevlisi çalıştırılmadığı için iptal kararı verilmiştir.

Özel kişiler tarafından kurulan ve özel kuruluşlar olan yeminli teknik büro elemanlarının kamu görevlisi olabilmesi mümkün olmadığına göre Anayasa Mahkemesi’nin vardığı bu sonuç nasıl değerlendirilebilir. Kanımızca bu saptamadan, bazı kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yerine getirilemeyeceği sonucu çıkacaktır. Buna göre, bazı kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi yöntemi olarak

⁴⁷⁸ AM., E.1985/20, K.1986/30, k.t.24.12.1986, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.4, s. 145/3; Anayasa Mahkemesi, yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına yapı ruhsatıyesi

emanet yöntemi benimsenmek zorundadır. Bir diğer olasılık da karardan, kimi kamu hizmetlerini görmekle görevlendirilen özel firmalarda “memur” çalıştırabileceği sonucunu çıkarmaktır. Bu olasılık, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde pek mümkün görünmemektedir. Anayasa Mahkemesi de hukuken tutarlı ve mümkün görünmeyen bir gerekçeye (bu kamu hizmeti özel kişiye gördürülürse özel firmada memur çalıştırılmalı) dayanmış olamayacağına göre, karardan bazı kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yerine getirilemeyeceği sonucu çıkacaktır.

Karara göre, yeminli teknik büroların denetim/gözetim görevi “devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerindendir”. O nedenle de ancak memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle görülebilir. Yani doğrudan kamu örgütlenmesi tarafından yerine getirilebilir; özel kişiye yaptırılamaz.

Kararda ilginç olan nokta, Anayasa’nın “kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” başlıklı bölümünde yer alan, genel ilkeler başlıklı 128. maddesine dayanılmasıdır. Maddede, kamu hizmetinin teşkilatı (devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri), kamu hizmeti (yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetleri) ve kamu hizmetinin personeli (memurlar ve diğer kamu görevlileri) arasında bağlantı kurularak bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu üç unsur arasındaki birliği koparmakta, dava konusu düzenlemeye sözkonusu edilen yeminli teknik büroların “devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri” kapsamında yer almadığına bakmaksızın hizmeti esas olarak değerlendirme yapmaktadır. Kamu hizmetlerinin memurları ya da genel ifadeyle kamu görevlilerini gerektirdiğini kabul eden Anayasa Mahkemesi’nin akıl yürütmesini sürdürdüğümüz zaman bu hizmetler için zorunlu olarak kamu teşkilatına da varılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, “kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler”le kamu hizmetinin yürütülüş biçimleri arasında bir bağlantı kurmuştur. Kamu hizmetlerinin

verme yetkisi tanıyan İmar Kanunu değişikliğine ilişkin kararında da benzer gerekçeleri

hangilerinin kamu teşkilatınca hangilerinin özel kişilerce yerine getirileceğinin belirlenmesinde Anayasa Mahkemesi'nin başvurduğu yöntem kullanıldığında önemli bir sonuca ulaşılmaktadır. “devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetler” özel kişilere gördürülemeyecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, kurmuş olduğu mantığın sınırlayıcı yönünü fark etmiş ve bir yıl sonra verdiği benzer konudaki bir kararda farklı sonuçlara varmıştır. Yeminli mali müşavirlerin, mükelleflerin gelir gider kayıtlarının doğruluğunu ve mali mevzuat hükümlerine uygun işlendiğini, dolayısıyla beyan edilen vergi matrahının gerçek olduğunu onaylamak yetkisinin, anayasaya uygun olup olmadığını değerlendiren Anayasa Mahkemesi, yukarıda aktarılan iki kararda olduğu gibi Anayasa'nın kamu hizmeti görevlilerine ilişkin 128. maddesine başvurmuş ancak bu kez farklı bir sonuca, yeminli mali müşavirlerin kamu görevlisi olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁴⁷⁹

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kamu hizmetlerine uygulanan kamusal rejim, ülkemizde, common law'daki istisnailik karakterinden farklı olarak ayrı bir hukuk dalı şeklinde ifadesini bulmaktadır: İdare hukuku. Kamu hizmeti idare hukukunun temel açıklayıcı kavramıdır. Kamu hizmeti bir yandan idare hukuku temel kavramlarının uyum ve bütünlüğünü sağlar: kamu hizmetinde çalışanlar, kamu görevlilerini; kamu hizmetine özgülenen mallar, kamu mallarını; kamu hizmetini gerçekleştirmek için yapılan işler, bayındırlık işlerini; kamu hizmeti sırasında verilen zararlar, idarenin sorumluluğunu oluşturur. Öte yandan idari yargının varlığını gerektelendirir.

Kamusal rejiminin somutlaştığı noktalar hizmetin tüm unsurlarında karşımıza çıkar. “Kamu hizmetlerine idare rejimi uygulanınca: A. Kamu hizmeti tüzelkişiliğinin çalıştırdığı kimselerle münasebetleri artık özel hukukun iş

kullanmıştır. E.1985/11, K.1986/29, k.t.11.12.1986, **AMKD**, sy.22, s.458-459.

⁴⁷⁹ AM., E.1986/5, K.1987/7, k.t.19.3.1987, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.4, s. 145/5-a; **AMKD**, sy 23, s.133

sözleşmesi, hizmet sözleşmesi hakkındaki hükümlerine göre değil, idare hukukunun ‘kanunî durum’ (=situation légale) kuramına göre düzenlenir. B. Kamu hizmetinin kullandığı taşıtlı, taşıtsız mallarla münasebeti özel hukukta mülkiyet hakkına uygulanan kurallara göre değil, idare hukukunda kamusal alan, yönetsel alan ve finanssal alan hakkında uygulanan kurallarla düzenlenir. C. Kamu hizmetinin hizmetten faydalananlarla münasebetleri, özel işletmelerin müşterilerle münasebetlerini düzenleyen özel hukuk kurallarına göre değil, idare hukukunun ‘kanuni durum’ kuramına göre düzenlenir. D. Kamu hizmetinin kamu ile münasebetleri özel hukukta haksız fiiller, gayri kanunî rekabet gibi hususlarda uygulanan kurallarda değil, idare hukukunun ayrı kuramlarına ve kurallarına göre düzenlenir. Hizmet kusuru kuramı, nesafet kuralı gibi. E. Ve nihayet kamu idarelerine karşı özel kişilerin açacakları dâvaları yargılamak için idarî işlerde çalışmış, kamu hizmetlerinin özelliklerini, gereklerini, kurallarını bilen, idare hukukunda uzmanlık kazanmış kimselerden idare mahkemeleri kurulur.”⁴⁸⁰

Bu saydığımız temel idare hukuku kategorileri, büyük oranda kamu hizmetine atıfla tanımlanmaktadır. Yargı kararlarında ve öğretide kamu hizmeti tek ölçüt değildir, ancak en yaygın ve baskın ölçüttür. Fransa’da özellikle 1950’lerden sonra, içtihatlarda idare hukukunun temel kategorilerini tanımlamak için kamu hizmeti kavramına başvurulmuş, kriz tartışmalarının yoğun olarak yapıldığı bir dönemin ardından gelen bu gelişme Laubadère tarafından “kamu hizmeti kavramının Fransız idare hukukunda yeniden değer kazanması” olarak değerlendirilmiştir.⁴⁸¹ Günümüzde de kamu hizmeti Esplugas’ın deyiimiyle “her şeye rağmen idari işlemlerin, idari araçların (personel ve mallar) ve idarenin sorumluluğunun belirlenmesine katkı sağlamaktadır.”⁴⁸² İdareden kaynaklanan, kamu hizmetini konu alan işlemler idaridir. Kamu hizmeti gören özel kişilerden kaynaklanan işlemler, sınai ve ticari bir kamu

⁴⁸⁰ Derbil, “İdare Hukuku, cilt II”, s.435

⁴⁸¹ Laubadère, “Revalorisations récents de la notion de service public en droit administratif français”, s.591-599

⁴⁸² Esplugas, **Le service public**, s.26

hizmeti sözkonusu değilse veya kamu gücü ayrıcalıkları tanınmışsa idari olarak kabul edilmektedir (*Magnier, CE, 1961*). Sınai veya ticari kamu hizmetleri gören özel kişilerin ancak hizmetin örgütleniş ve işleyişine ilişkin düzenleyici işlemleri idari sayılmaktadır (*Époux Barbier, CE, 1968*). İdari sözleşmelerin belirlenmesinde kamu hizmeti temel ölçüt olarak kullanılmış, *Bertin (CE, 1956)* kararında, kamu hizmetinin yürütümünü konu almış olmak sözleşmesinin idari sayılması için yeterli kabul edilmiştir. İdari kamu hizmetlerinin insan ögesini kamu görevlileri oluşturmaktadır. Fransız klasik içtihadında kamu hizmetinin işleyişi ve yürütümüne sadece doğrudan katılanlar kamu görevlisi sayılmışken (*Vingtain et Affortit, CE, 1954*) Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin (*Berkani, TC, 1996*) kararında görevi ne olursa olsun kamu hizmeti personelinin kamu görevlisi olduğu kabul edilmiştir. Sınai veya ticari kamu hizmetlerinde çalışanlar, yöneticiler ve deneticiler dışında (*Jalenques de Labeau, CE, 1957*) kural olarak özel hukuka tabidir. Kamu kişilerine ait olan ve kamu hizmetine tahsis edilen mallar kamu malı rejimine tabidir (*Dauphin, CE, 1959*). İdare tarafından yerine getirilen kamu hizmetlerinin kusurlu işleyişinden kaynaklı sorumluluk idari sorumluluktur (*Pelletier, TC, 1873*). Kamu hizmeti gören özel kişilerin faaliyetlerinden doğan zararların tazmini özel hukuka tabidir ancak, bu kişilerin *Magnier (CE, 1961)* kararındaki koşulları taşıdığı için idari sayılan işlemlerinden doğan zararlar idari sorumluluğu doğurur.⁴⁸³

Bu başlıkta anlatacaklarımızı bitirmeden önce kamu hizmetinin idari yargının görev alanıyla ilişkisi konusuna kısaca değinmek gerekmektedir.

İdari yargının görev alanını belirlemek bakımından kamu hizmeti temel ölçütlerden biridir.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Aktarılan özet için bkz. **Ibid.**, s.26-29

⁴⁸⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1949 tarihli bir kararında idari yargının görev alanının belirlenmesinde hakimiyet-temşiyet ayrımının terkedilmiş olduğunu ve kamu hizmeti ölçütünün kullanılması gerektiğini açıkça belirtmiştir: Olay, askeri kamyonun tramvay motrisine çarpması sonucu uğranılan zararın tazmini istemiyle adliye mahkemesinde açılan davada görev uyuşmazlığı çıkarılması üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelmiştir. "... idarece tesis ve ittihaz olunan işlem ve kararların hâkimiyet ve temşiyet tasarrufları diye bir

Kamu hizmetinin, bir yandan idari yargının görev alanının ölçütü olması bir yandan da idari yargının kararlarıyla hukuki yapısını kazanması, ilişkiyi sorunlu hale getirmektedir. Kamu hizmeti kavramının hukuki gelişiminin itici güçlerinden biri de idari yargıyı adli yargıdan ayıran bir ölçüt arayışı olmuştur.⁴⁸⁵

Türkiye’de kamu hizmeti temel ölçüt olmak zorundadır zira Anayasa’da memurlar, idari sorumluluk, yerel yönetimler vb. kamu hizmetleri kavramıyla tanımlanmaktadır.⁴⁸⁶

tefrika tabi tutularak vazife meselesinin ona göre tâyini esası da artık bugün metruktür. Böyle bir tefrika dayanan doktrin, yerini daha ilmî esaslara istinat eden âmme hizmeti prensipine bırakmıştır. Halen yürürlükte bulunan kanunlar da, durumu böylece tesbit ve tâyin etmiş bulunmaktadır. Askerî hizmet, âmme hizmetlerinden maduttur. Bu hizmetin görülmesi sırasına fertlere ika edilen zararların tazmini meselesinin de, idare hukuku esaslarına tevfikân, tetkik ve halli idari yargıya ait bulunmak gerekir.” UM, E. 1949/7, K. 1949/10, k.t. 16.6.1949, **Düstur**, T.III, c.30, 1949, s.1512

Danıştay kararlarında, idari işlem ve idari yargının görev alanı belirlenirken kamu hizmeti kavramına başvurulmaktadır. Danıştay, Sermaye Piyasası Kurumu’nun, Borsa yönetim kurulu kararlarına yapılan itirazlar üzerine aldığı kararların idari işlem niteliğinde olduğunu ve bu işlemlere karşı açılacak davalarda da idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir. “Sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan, kamu hizmeti yapan, menkul kıymetler borsaları için gözetim ve denetim organı olan Sermaye Piyasası Kurulunun bu hizmeti yürütmek için tesis ettiği işlemler idari niteliktedir. ... Bu idari işlemin iptali istemiyle açılan davanın görümü ve çözümü de idari yargının görev alanında bulunmaktadır”(DİDD., E.1998/355, K.1998/277, k.t.26.6.1998, **DD.**, sy. 98, 1999, s.68).

⁴⁸⁵ Jean-Louis de Corail, “Une question fondamentale: la doctrine du service public, de la définition et de la nature du droit administratif et de la compétence du juge administratif”, **RA**, özel sayı, 1997, s.25

⁴⁸⁶ Fransa’da da idari yargının görev alanı konusunda kamu gücü ile kamu hizmeti temel ölçütleri dışında bunların çeşitlenmesinden oluşan farklı ölçütler de kullanılmaktadır. İki ölçütten hangisinin temel olduğu Fransız öğretisinde tartışmalıdır. Fransız öğretisindeki temel akımların özlü biçimde değerlendirmesi için bkz. **İbid.** ; Chapus, idari yargının görev alanını belirlemede sanılanın aksine kamu hizmeti ölçütü uygulanmadığını kamu gücünün, kamusal yürütümün temel ölçüt olduğunu, özel yürütümlü hizmetlerin adli yargının görev alanına girdiğini saptamaktadır. Chapus’ye göre, “idare hukuku kamu hizmetleri hukuku, idari yargı ise kamu gücünün yargısı olarak görülmemeli”; bu ayrım idari yargının görev alanı tüm kamu hizmetleri faaliyetlerine ve kamu hizmeti gören örgütlere genişletilerek kaldırılmalıdır. Bu durum, tüm kamu hizmetlerinin aynı hukuki rejime tabi olması anlamına gelmeyecektir. İdari yargıç, özel hukuk kurallarını da uygulamak zorunda kalacaktır. René Chapus, “Le service public et la puissance publique”, **RDP**, 1968, s.274-275; Aynı yıl, idare hukukunun bir diğer önemli dergisinde, Chapus’nün görüşleri Amselek tarafından

Kamu hizmetinin idari yargının ölçütü olması ile, yani kamu hizmeti işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girip girmemesi ile kuramsal olarak idari yargının görev alanına girmesi gereken konuların yasalarla buradan çıkarılabilip çıkarılamayacağı farklı sorunlardır.⁴⁸⁷

eleştirilmiştir. Amselek, Chapus'nün idare hukukunun ölçütüyle idari yargının ölçütünü birleştirme önerisini yanlış bulmaktadır. İdareye özgü kuralları sadece idari yargı uygulamaz, adli yargıç da idareye özgü kuralları uygular, ayrıca idari yargıç sadece idareye özgü kuralları da uygulamaz, gerektiğinde ortak hukukun (özel hukukun) kuralları da idari yargıçça uygulanmaktadır. Yargının ve hukukun ölçütlerini birleştirmek idare hukukunu idari yargıçça uygulanan hukuka eşitlemek anlamına gelir ve bu da yanlış olur. Paul Amselek, "Le service public et la puissance publique, Réflexions autour d'une étude recente", **AJDA**, 1968, s.492-514

⁴⁸⁷ Fransız Anayasa Konseyi, idari yargının zorunlu anayasal alanını "kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımından doğan idari işlemlerin denetimi" olarak belirlemiştir (CC, 23.1.1987, *Conseil de la concurrence*), Karar için bkz. Louis Favoreu, Loïc Philip, **Les grandes décisions du Conseil constitutionnel**, 8.B., Paris, Dalloz, 1995, s.689; Kararda Rekabet Kurulu işlemlerinde adli yargının görevli olup olamayacağı değerlendirilmiş; adli yargıda idari işlemlerin yürütmesinin durdurulması imkanının bulunmaması nedeniyle düzenleme anayasaya aykırı görülmüştür. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Michel Bazex, "L'implosion du dualisme de juridiction", **Pouvoirs**, sayı 46, 1988, s.35; Didier Truchet, "Fusionner les juridictions administrative et judiciaire", **Mélanges J.M. Auby**, Paris, Dalloz, 1992, s.335

Anayasa Mahkemesi, İş Kanunu'nun 108. maddesinde öngörülen Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğünce verilen idari para cezalarına asliye ceza mahkemelerine itiraz edileceğine ilişkin kuralı, özelleştirmeler bağlamında ortaya çıkan idari yargının görev alanını koruma yaklaşımından farklı olarak, anayasaya aykırı bulmamıştır: "Maddi ceza hukukuna ilişkin olan uyuşmazlığın yargı yerlerince çözümlenmesi sonunda verilecek kararlar, gerek bireylerin gerekse toplumun adalet duygularını daha doyurucu düzeyde karşılayacaktır. ... Uyuşmazlık konusu eylemin, idari yargıda incelenip çözüme bağlanacak idari bir işlem ya da karar olsa da, sözkonusu Yasa'nın değişik 108. maddesi ikinci fıkrasının ikinci tümcesi ile bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerlerince çözümleneceğine ilişkin düzenlemenin, Anayasa'nın yargı ile ilgili genel ilkelerine ve dolayısıyla 154. ve 155. maddelerine aykırı bir yönü yoktur" (E.1989/28, K.1990/18, k.t.10.7.1990, **AMKD**, sy.29, s.9) Karara karşı oy yazan Selçuk Tüzün, idari para cezalarının idari niteliğini açıkladıktan sonra idari işlemlerin yargısal denetiminde adli yargının görevli kılınamayacağını savunmaktadır. "Yasa koyucu idari yargı alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün yargı ayrılığı ilkesini benimseyen Anayasa karşısında adli yargı yerine bırakamaz. Bu tür bir düzenleme Anayasa'nın 140. maddesi ile bağdaşmaz. Yasama organı idare hukuku alanına giren bir eylem veya işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Aksi halde Anayasa'nın kanuni hakim güvencesi başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasındaki 'hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarılamaz.' kuralına aykırılık oluşur" (E.1989/28, K.1990/18, k.t.10.7.1990, **AMKD**, sy.29, s.16)

Yasakoyucu faaliyetin kamu hizmeti olmadığını söyleyerek idari yargının görev alanıyla oynayabilir mi? Bu mümkün değildir. Zira idari yargının kullandığı farklı ölçütler bulunduğu gibi, kamu hizmetleri ölçütünü farklı adlandırmalarla da (örneğin kamu yararı ölçütü kamu hizmetinin farklı ifadesidir) kullanmaktadır.

İdari yargının Anayasayla korunan bir görev alanına sahip olup olmadığı konumuz açısından önemli değildir. Zira ortak yargı düzeninden farklı bir yargıya tabiiyet önemli olmakla birlikte bu, kamu hizmetinin kamusal rejim unsurlarından sadece biridir. Sadece yargı düzenin değiştirilmiş olması, kamu hizmetinin niteliğine etkili değildir.

II. KAMUSAL REJİM MİNİMUMU: KAMU HİZMETİ İLKELERİ

Kamu hizmetleri belirli temel ilkelere uyarak hayata geçirilir. Kamu hizmetinin klasik ilkeleri tüm kamu hizmetleri için geçerli olan asgari müşterektir. Bu ilkeler kamu hizmetlerinin “ortak hukuku”dur. Kamusal rejimin minimum unsurudur. Kim tarafından yerine getirilirse getirilsin, sınai/ticari veya klasik, hangi nitelikte olursa olsun tüm kamu hizmetleri bu ortak hukuka tabidir. "Bu ilkeler kamu hizmetinin özüne sıkı sıkıya bağlıdır ve bozulduğu zaman, kamu hizmeti, sahip olması gereken niteliğini yitirir."⁴⁸⁸ “Kamu hizmeti ilkeleri sistemin sert çekirdeğidir. Bu ilkeler kamu hizmeti ile eş tözlüdür; onlar olmadan hizmet, kamuya sunulan hizmet, kamunun hizmeti olamaz.”⁴⁸⁹

İçtihat kökenli bu ilkeler öğreti tarafından genelleştirilerek sistemleştirilmeye çalışılmıştır. Bu çabalar içinde Rolland’ın yaptığı kategorileştirme genel kabul görmüştür. Hatta sözkonusu ilkeler, öğretilde “Rolland Yasası (*lois Rolland*)” olarak adlandırılmaktadır.

⁴⁸⁸ René Chapus, **Droit Administratif Général**, c.1, Montchrestien, 13.B., 1999, s.576

⁴⁸⁹ Franck Moderne, “Les mutations des services publics en droit français”, **Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché**, c.I, Paris, La documentation française, 1998, s.21

Rolland, İdare Hukuku kitabının ulaşabildiğimiz, 1930 tarihli baskısından itibaren, üçlü bir ayırmamaya gitmiştir.⁴⁹⁰ Tüm kamu hizmetleri için geçerli olan özellikler (1930'da "*trait*", 1957'de "*caractère*" sözcüğü kullanılıyor), asıl (*proprement dit*) kamu hizmetlerinin tabi olduğu hukuki rejim ve diğer kamu hizmetlerinin tabi olduğu hukuki rejim. Tüm kamu hizmetlerinin ortak özellikleri için: 1. Az ya da çok yönetenlerin yönetimi altında olmaları, kamu gücü ayrıcalıkları sağlaması. 2. Kamu yükümlülük ve faydaları önünde eşitlik. 3. Kamu hizmetlerinin sürekliliği. 4. Yetkili makamca işleyiş ve örgütlenişin her an değiştirilebilir olması."⁴⁹¹ Adlandırmaya çalışırsak kamusalılık, eşitlik, süreklilik ve değişim ilkeleri.

Kamu hizmetlerinin işleyişinin çeşitli ilkelere tabi olduğunun kabulü, bunların zaten doğası gereği sözkonusu nitelikleri taşıdıkları ya da doğurdukları anlamına geldiği gibi, uyma gerekliliği bakımından normatif değer taşımasını, yani kamu hizmetlerinin bunlara uyma gerekliliğini de içerir. Kamu hizmetinin doğasında olduğu kabul edilen bu ilkeler, aynı zamanda kamu hizmeti işleyişinin uyması gereken normlardır. Örneğin içtihatlarla gelişmiş olan idarenin sorumluluğu, esas olarak "hizmet kusuru" kavramına dayanmaktadır. "Hizmet kusuru" halleri ise, kamu hizmetinin ilkelerindeki aksaklığı ifade eder. İdari yargıcın kullandığı ölçüt normların mevzuatla sınırlı kalmayıp hukukun genel ilkelerine doğru genişlemesinde ve dolayısıyla idare hukukunun içtihat hukuku olarak gelişmesinde, kamu hizmeti ilkelerinin bu bağlayıcı karakteri de önemli işlev görmüştür.

Günümüzde bazılarının kaynağını Anayasada bulmamız mümkün olmakla birlikte, bu ilkelerin birkısmı hâlâ içtihat kökenlidir. Klasik ilkelerin yanısıra gelişmekte olan bir kısım yeni ilkelerin bulunduğu da ileri sürülmektedir.

⁴⁹⁰ Louis Rolland, **Précis de Droit Administratif**, Paris, Dalloz, 1930, s.14-17; Bu kitap, İbrahim Âli tarafından çevrilerek 1933 yılında yayınlanmıştır: **Hukuku İdare**, İstanbul, 1933

⁴⁹¹ 4. ilke, yani uyum/değişim, 1930 tarihli basıda yer almamaktadır. 1937 tarihli basıda eklenmiştir. **Précis de Droit Administratif**, Paris, Dalloz, 1937, s.18; Bu ilke, ulaşabildiğimiz en yeni bası olan 1957 tarihli kitabında açıkça, "değişme ilkesi" (lois de

A. *Klasik İlkeler*

“Süreklilik”, “eşitlik” ve “uyum” günümüzde klasik ilkeler olarak genel kabul görmektedir. Yansızlığın (*neutralité*), eşitlik ilkesinin dışında bağımsız bir varlığı bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bunlara kanımızca, kamu hizmetinin bir ilkesi olmadığı veya günümüzde önemini yitirdiği kabul edilen “meccanilik (parasızlık)” ilkesi de eklenmelidir.

Fransa’da 1992 yılında çıkarılan Kamu Hizmetleri Şartında, kamu hizmetinin “temel ilkeleri” ile kamu hizmetinin “işleyiş ilkeleri” ayrımına gidilmiştir. Temel ilkeler olarak eşitlik, yansızlık ve süreklilik sayılmaktadır. Şartın anlatımıyla “cumhuriyetçi değerler ile kamu yararının koruyucusu ve iktisadi ve toplumsal gelişmenin öncüsü olan temel ve öncelikli devlet görevleri, kamu hizmetlerinin eşitliği, yansızlığı ve sürekliliği yükümlülüğünü getirir. Kamu hizmetine anlamını veren ve kamu görevlilerine kılavuzluk etmesi gereken bunlardır.”⁴⁹²

Aşağıda ilk olarak klasik ilkeler ele alınacak yeni ilkelere, “kamu hizmetleri ilkelerinde çeşitlenme” başlığı altında değinilecektir.

1. **Süreklilik İlkesi**

Süreklilik ilkesi hizmetin, karşıladığı toplumsal ihtiyacın sürekliliğine koşut olarak yerine getirilmesini ifade eder. Siyasal alanın örgütünün en temel işlevi olarak ortaya çıkan dayandığı üretim ilişkilerinin varlığını korumak işlevi, sürekliliği zorunlu kılmaktadır. Siyasal alanın karşıladığı temel ihtiyaç, kapitalist üretim biçiminin varlığını ve işleyişini güvenceye almak ve bunun gereği olarak da kendi varlığını güvenceye almaktır. Siyasal alanın bu işlevi minimum olarak hayat,

changement) olarak adlandırılmıştır. **Précis de Droit Administratif**, Paris, Dalloz, 1957 s. 18

⁴⁹² <http://www.qualite-publique.com/pages/outils/docs-sce-public/Doc-referen-Charte%20SP.html>

mülkiyet ve sözleşme hürriyetini⁴⁹³ güvenceye almak biçiminde ortaya çıkar ve kapitalist üretim biçimini sürdürmek için gerekli olan tarihsel ihtiyaçlara doğru genişler. Her tarihsel gelişme anında farklı şekilde varlık bulan bu hizmetlerin sürekliliği siyasal örgütün varlık nedenidir.

Ulusal savunma, iç güvenlik ve acil yardım hizmetleri gibi temel hizmetlerde süreklilik, "kesintisizliğe" kadar vardırılmakta; diğer hizmetlerde ise süreklilik "işleyişteki düzenliliği" ifade etmektedir.⁴⁹⁴

Yürürlük hukukta süreklilik ilkesinin temellerini bulmak zor olduğundan bunun “devletin sürekliliği” ilkesinin farklı ifadesi olduğu kabul edilmektedir.

Anayasa’da süreklilik ilkesinin temellerini bulmak mümkündür. Kamu hizmetlerine ilişkin doğrudan bir düzenleme olan Anayasa’nın 128. maddesi “...*kamu hizmetlerinin gerektirdiği ... sürekli görevler*” den söz etmektedir.

Devletin diğer işlevlerine ilişkin sürekliliği sağlayıcı düzenlemeler de öngörülmüştür.

77. maddenin son fıkrasında “*yenilenmesine karar verilen Meclisin yetkileri, yeni Meclisin seçilmesine kadar sürer*” hükmü; 102. maddenin son fıkrasında “*seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder*” hükmü ve 114. maddenin sonra fıkrasında seçimlerin Cumhurbaşkanınca yenilenmesi durumunda oluşturulan “*geçici bakanlar kurulu seçim süresince ve yeni Meclis toplanıncaya kadar vazife görür*” hükmü yer almaktadır.⁴⁹⁵ Kamu hizmeti örgütlenmesinin başı olan bakanlardan oluşan

⁴⁹³ Bir mesleğin üretim ilişkileri alanının düzenini bozmadan yürütülmesini güvenceye almak için örgütlenen meslek odalarının, baroların ve benzeri kuruluşların da kamu hizmeti yerine getiren kuruluşlar sayılması sözkonusu siyasal işlevle ortak amaca sahip olmasındandır.

⁴⁹⁴ Kesintisizlik ve işleyişteki düzenlilik ayrımı için bkz., Pontier, **Les services publics**, s.76

⁴⁹⁵ Anayasa’nın kabul edilip yürürlüğe girmesinden sonra seçimler yapıp TBMM başkanlık divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süreyi düzenleyen geçiş hükümlerinde de “sürekliliğe” ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Geçici 2. madde: “Güvenlik Konseyi,’nin ilk genel seçimler sonucu Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp Başkanlık Divanını oluşturuncaya görevi devam eder.” Bunun gibi, Geçici 11. maddeye göre “Anayasanın

yürütmenin sürekliliğine ilişkin bir düzenleme de Anayasa'nın geçici 7. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, “*ilk milletvekili genel seçimi sonunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp, yeni Bakanlar Kurulu kuruluncaya kadar, iş başında olan Bakanlar Kurulunun görevi devam eder.*”

Görüldüğü gibi Anayasa’da TBMM’nin ve yürütmenin bir kanadı olan cumhurbaşkanının görevini yerine yenileri gelene kadar sürdüreceği açıkça düzenlenmiş, yürütmenin diğer kanadı bakanlar kurulu için böyle bir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak, ara döneme ilişkin geçici 7. madde ve seçimlerin cumhurbaşkanınca yenilenmesi durumunda oluşturulan bakanlar kuruluna ilişkin 114/son hükmü ile süreklilik açıkça düzenlenmiştir. Bunlar dışındaki bir olasılığı ifade eden hükümetin istifası durumunda da yeni hükümet oluşturulana kadar istifa eden hükümetin görevini sürdüreceği açıktır. Bu durumda ortaya, yenisi oluşturuluncaya kadar görev yapacak olan, çekilen hükümetin yetki kapsamı sorunu çıkmaktadır. Çekilen hükümetin, hiç çekilmemiş gibi yürütme yetkisi var mıdır? Fransız içtihadında çekilen hükümetin yenisi göreve başlayıncaya kadar, "kamu hizmetinin sürekliliği için günlük işleri (*affaires courantes*) sürdürmek zorunda olduğu" kabul edilmiştir (1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie Kararı*, CE, 1952).⁴⁹⁶

Fransız hukukunda, içtihatlarla geliştirilmiş olan süreklilik ilkesine, Anayasa Konseyi, "anayasal değer" tanırken, Devlet Şurası, sürekliliği "*hukukun genel ilkelerinden*" biri olarak kabul etmektedir.

Fransız Anayasa Konseyi kamu hizmetlerinde grev hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yasayla ilgili kararında "grev hakkı gibi anayasal değere sahip olan kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak amacıyla yasakoyucunun grev hakkına gerekli sınırlamaları getirebileceğini" kabul etmiştir (CC, *Décision no 105*, 25 Juillet 1979).

halkoyu ile kabul edildiği tarihte Anayasa Mahkemesi asıl ve yedek üyesi olanların kadroları ile görevleri devam eder.”

⁴⁹⁶ Kararları aktaran Pontier, **Les services publics**, s.76

Devlet Şurası ise önceden de kararlarında süreklilik ilkesini kullanmakla birlikte 1980 Dame Bonjean Kararında "temel ilke" nitelemesini yapmıştır.⁴⁹⁷

Süreklilik ilkesine ilişkin içtihadi oluşum özellikle, kamu hizmetlerinde grev konusu bağlamında gelişmiştir. 1946 Anayasası öncesi Fransa’da kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı ve içtihatlarda grevin süreklilikle uyumsuzluğu kabul edilmekteydi. *Winkel (CE, 1909)* kararında, hükümet komiseri Tardieu, “*süreklilik kamu hizmetinin ruhu (özü)dur ve grev bununla doğrudan çelişki içindedir*” görüşünü sunmuş Devlet Şurası da “*kamu görevini kabul ederek memurun, toplumsal yaşam için temel olan süreklilikle uyumsuz tüm serbestlikten vazgeçtiğine*” karar vermiştir.⁴⁹⁸ 1946 Anayasası’nın girişinde kamu görevlilerinin grev hakkı kabul edilmiş, bu 1958 Anayasası ile benimsenmiş ancak yasakoyucunun grev hakkının kullanımına ilişkin düzenleme yapmaması sorunlar doğurmuştur. Fransız Devlet Şurası, *Dehaene (CE, 1950)* kararıyla, idarenin, herhangi bir yasal düzenleme olmasa da, grev hakkının kullanımına ilişkin düzenleyici işlemler yapabileceğini kabul etmiştir. Süreklilik ilkesine anayasal değer tanıyan Fransız Anayasa Konseyi’nin yukarıda belirttiğimiz 1979 tarihli kararında yetkinin münhasıran yasakoyucuda olduğu kabul edilmekle birlikte, Devlet Şurası’nın *Dehaene* içtihat çizgisi sürmüştür. Grevin kamu hizmetlerinin sürekliliğini tehdit ettiği her durumda idarenin gerekli her türlü önlemi alabilme yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir (*Syndicat CFDT des P et T du Haut-Rhin Kararı, CE, 1980*).⁴⁹⁹

Fransa’da, özellikle 1958 Anayasası’nda yasama alanının sınırlanmasından sonra, hayli esnek anlaşılan idarenin yasallığı ilkesine, bu içtihatlarda kamu

⁴⁹⁷ **Ibid.**, s.77

⁴⁹⁸ Kararı aktaran, Agnès Dupie, “Le principe de continuité des services publics”, **Sur les services publics**, Paris, Economica, 1982, s.48; Dupie, diğer yazarlardan farklı olarak Fransız Devlet Şurası’nın bu kararında süreklilik ilkesini açıklamakla birlikte, grev yasağı için kullanılmadığını, akdi uyumsuzluğa dayandığını, süreklilik ilkesinin grev yasağı için tam olarak kullanıldığı kararın *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies (CE, 1913)* kararı olduğunu belirtmektedir.

hizmetinin gerekleri karşısında bir istisna daha getirilmiştir. “kamu hizmetlerinin gerekleri” gerekçesi, özellikle idarenin faaliyet imkânlarını esnekleştirmek için kullanılmaktadır.

Fransız Kamu Hizmetleri Şartındaki ifadeyle "süreklilik ilkesi, toplumsal yaşam için temel olan (polis, itfaiye gibi) hizmetlerin, sağlık hizmetlerinin, iletişim hizmetlerinin, kimi teknik hizmetlerin (elektrik, gaz) vb, sürekliliğini ifade eder. Bu ilkeye göre, hizmetler düzenli ve hukukça öngörülen ve kullanıcıların ihtiyacından kaynaklananlar dışında, kesintisiz işlemelidir."⁵⁰⁰

İdare hukukunun çeşitli kurumları da bu ilkedен dayanak almaktadır. Örneğin idarenin tek yanlı icrai işlem yetkisinin ve re’sen icra yetkisinin gerisindeki ihtiyacın hizmetlerin sürekliliği olduğu; ayrıca bu nedenle, “yürütmenin durdurulması” kurumunun bir istisna olarak ortaya çıktığı kabul edilebilir.⁵⁰¹

Süreklilik ilkesinin ihlali, idarenin sorumluluk hallerinden biridir.

Fransız hukukunda içtihatla, hizmetin sürekli, düzenli ve iyi işlemesi için, yasal yetkilendirme bulmasa bile idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu ilkesi kabul edilmiştir.⁵⁰²

İdari sözleşmeler alanında “öngörülemezlik teorisi” de süreklilik ilkesinden dayanak bulmaktadır. Kamu hizmetleri imtiyazcısı, hizmetin işleyişini düzenli bir şekilde sürdürmek zorundadır. Ancak yüzyıl başında yaygın olarak uygulanan imtiyaz yöntemi, olağanüstü teknolojik gelişmeler ve iktisadi krizler karşısında

⁴⁹⁹ Joël Carbajo, **Droit des services publics**, 3.B., Paris, Dalloz, 1997,s.42

⁵⁰⁰ <http://www.qualite-publique.com/pages/outils/docs-sce-public/Doc-referen-Charte%20SP.html>

⁵⁰¹ Agnès Dupie, “Le principe de continuité des services publics”, **Sur les services publics**, Paris, Economica, 1982, s.41

⁵⁰² Fransız hukukunda, Devlet Şurası’nın *Jamart* (CE, 1936) kararıyla, açık yasal yetkilendirme bulunmasa dahi hizmetten sorumlu amirin (kararda bu bakandı), yetkisi altındaki hizmetin iyi işlemesi için gerekli düzenlemeleri yapma yetkisi bulunduğu kabul edilmiştir. İdarenin yasallığı anayasal kuralı karşısında Türk hukuku için hiçbir örneklik özelliği bulunmayan bu karar ve değerlendirmesi için bkz. **GAJA**, s.316-319

zorlanmış ve imtiyazcılar hizmeti sürdüremez duruma düşmüşlerdir. Doğan uyuşmazlıklar sonunda idari yargı tarafından, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine dayanılarak “öngörülemezlik kuramı” geliştirilmiştir. Fransız Devlet Şurası'nın *Compagnie général D'Eclairage de Bordeaux (CE, 1916)* kararında geliştirilen bu yaklaşıma göre, sözleşmenin iktisadi dengesinde, tarafların iradesi dışında (doğal, iktisadi, imtiyazı veren idareden kaynaklanmamak koşuluyla hukuki) bir nedenle, sözleşmenin yerine getirilmesini güçleştiren öngörülemez bir büyük sarsıntı olursa, imtiyazı veren idare, imtiyazcıyı tazmin eder.⁵⁰³

Fransız Devlet Şurası'nın, olağanüstü durumlarda idarenin yaptığı yetkisiz işlemleri, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine dayanarak hukuka aykırı görmediği kararları bulunmaktadır. Örneğin, idarenin kararnameyle bir yasayı yürürlükten kaldırmasının hukuka aykırı olduğunu kabul eden Devlet Şurası, “*idarenin sürekliliği ilkesinin savaş zamanlarında, idarenin ve hükümetin yetkilerini istisnai olarak genişleten ihtiyaçlar doğurduğunu*” belirterek işlemi iptal etmemiştir.⁵⁰⁴

Özellikle olağanüstü hallerde orta çıkan "fiili memur"⁵⁰⁵ kavramı da kamu hizmetinin sürekliliği ilkesiyle açıklanmaktadır. Fiili memur sorunu, ülkemizde, Kurtuluş Savaşı sırasında, ortadan kalkana kadar, Anadolu hükümetinin karşısında faaliyet gösteren İstanbul hükümetinin işlemlerinin geçerliliği sorusuyla ortaya çıkmıştır. Lozan Anlaşması'nın 77. maddesiyle, İstanbul'un işgalinden sonra İstanbul hükümeti tarafından akdedilen ve fiili hükümetin sahasına şamil bulunan mukaveleler yok sayılmamış ve TBMM'nin onayına bağlanmıştır; onaylanmama durumunda tazminat verilmesi yöntemi de öngörülmüştür.⁵⁰⁶

⁵⁰³ Aktaran, Carbajo, **Droit des services publics**, s.45

⁵⁰⁴ **Ibid**, s.41

⁵⁰⁵ Fiili memur kavramı için bkz. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları 1966**, 1276-1283;

⁵⁰⁶ Lozan Antlaşması m. 77: “30 Ekim 1918 tarihinden sonra, Müttefik uyruklarıyla Türk uyrukları arasında yapılmış sözleşmeler geçerli kalmaktadırlar; bunlara genel (ortak) hukuk kuralları uygulanır./ 30 Ekim 1918 tarihinden sonra, 16 Mart 1920 tarihine kadar İstanbul Hükümetiyle usulüne uygun olarak yapılmış sözleşmeler de geçerli kalmaktadırlar; bunlara

Kamu görevlileri statüsüne getirilen önemli kısıtlamalar da süreklilik ilkesine dayanmaktadır. Görevden çekilmeye ilişkin düzenleme örnek gösterilebilir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun çekilmeyi düzenleyen 94. maddesinin III. fıkrasına göre, *“çekilmek isteyen memur yerine atanan kimsenin gelmesine veya çekilme isteğinin kabulüne kadar görevine devam eder. Yerine atanan kimse bir aya kadar gelmediği veya yerine bir vekil atanmadığı takdirde üstüne haber vererek görevini bırakabilir.”* 95. maddeye göre, *“çekilen devlet memurlarından devir teslim ile yükümlü olanlar, bu işlemlerin sonuna kadar görevlerini bırakamazlar.”* Olağanüstü hallerde memurların çekilmesi zorlaştırılmıştır. 96. maddeye göre, *“olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde veya genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerdeki Devlet memurları yerine atanacaklar gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakamazlar.”*

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi Danıştay içtihatlarında açıkça tanınmaktadır.

Danıştay sürekliliğin “hukukun genel ilkesi” olarak kabul edildiğini belirtmektedir.

“Kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlemesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlemesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir.

İdarenin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi karşısında, ... Belediyesinin Büyükşehir Belediyesine dönüşmesi ve üç alt kademe belediyesinin kurulmasından sonra, ... Belediyesinin 3986 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi

genel (ortak) hukuk kuralları uygulanır. /16 Mayıs 1920 den sonra İstanbul Hükümetiyle usulüne uygun olarak yapılmış bulunan ve bu Hükümetin etkin yetkili [otoritesi] altındaki topraklara ilişkin bütün sözleşmeler ve anlaşmalar, İşbu Andlaşmanın yürürlüğe girişinden başlayarak üç aylık bir süre içinde ilgililerin istemesi üzerine, Türkiye Büyük Millet Meclisinin uygun buluşuna sunulacaktır. Bu sözleşmeler uyarınca yapılmış bulunan ödemeler, İşbu ödemelerde bulunmuş olan tarafın hesabına, gereği gibi, alacak yazılacaktır. /Bu sözleşmeler uygun bulunmazlarsa, ilgili tarafın, gerekiyorsa, doğrudan doğruya ve gerçekten uğranılmış zararı karşılayacak bir zarar-giderime [tazminata] hakkı olacaktır; dostça bir anlaşmaya varılamazsa, bu zarar-giderim Hakemlik Karma Mahkemesince saptanacaktır. /İşbu maddenin hükümleri, ayrıcalık[imtiyaz] sözleşmelerine, ayrıcalık geçirimlerine ve kamu hizmeti ayrılığına ilişkin işletme sözleşmelerine uygulanmayacaktır.

kapsamındaki borçlarından belli oranlarda alt kademe belediyelerinin de sorumlu tutulmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır.”⁵⁰⁷

Danıştay’ın bir kararında süreklilik, kamu hizmeti tanımının bir unsuru olarak değerlendirilmiştir.

“Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”⁵⁰⁸

Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğünde sözleşmeli statüde çalışan davacı rejisöre verilen disiplin cezasının hukuki dayanağına ilişkin uyuşmazlıkta, Danıştay öncelikle ilgili mevzuatı araştırmış, ilgili Bakanlar Kurulu Kararnamesinde disiplin suç ve cezalarına ilişkin bir kurala yer verilmediğini ve ilgili Yönetmeliğin de Resmi Gazete’de yayımlanmadığı için geçerli olmadığını saptamıştır. Yasa ve yasa altı hiçbir dayanak bulamayan Danıştay, davacıya, hizmet sözleşmesindeki kurallara dayanılarak disiplin cezası verilebileceğine karar vermiş, bunu yaparken de kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkelerini gerekçe göstermiştir.

“Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yürütülmesi asıldır. Bu nedenle kamu görevlilerinin denetlenmesi ve çalışma düzeninin sürekliliğini bozan davranışların önlenmesi hizmet gereğidir.

Bu durumda, 5441 sayılı Yasanın 19. maddesi ve 657 sayılı Yasanın Ek Geçici 12. maddesine uygun düzenleme yapıncaya kadar, 1310 sayılı Yasanın 1. maddesi ve 657 sayılı Yasanın Ek Geçici 16. maddesi hükmü uyarınca davalı idarece hazırlanan ve davacı tarafından imza edilen hizmet sözleşmesindeki disipline ilişkin kuralların uygulanabilirliği tartışılmalıdır.

Söz konusu sözleşme, idare hukuku alanı içinde bulunan ve idareye tek yanlı olarak kullanabileceği yetkiler tanıyan bir düzenlemedir. Bu sözleşme kuralları, tıpkı genel düzenleyici işlemler gibi uygulama gücü olan ve idarece uygulanması zorunlu ve gerekli bulunan normlardır.

Bu nedenle, dava konusu olayda, davacı ile davalı idare arasında akdedilen sözleşmede disipline aykırı eylemler nedeniyle hangi cezaların verileceği belirtildiğine göre, bu hükümlerin uygulanması gerekli olup, idare mahkemesince Resmi Gazetede yayımlanmayan yönetmeliğine göre verilen

⁵⁰⁷ D8.D., E.1996/1687, K.1997/3669, k.t.27.11.1997, **DD.**, sy. 96, 1998, s.388-390

⁵⁰⁸ DİİK., E.1996/79, K.1996/83, k.t.3.10.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.36

disiplin cezasında mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile işin es asına girilmeden dava konusu işlemin iptali edilmesinde isabet görülmemiştir.”⁵⁰⁹

Süreklilik ilkesi, idarenin takdir yetkisini kullanırken gözönüne alması gereken unsurlardan biri olarak değerlendirilmektedir.

“İdari istikrar ilkesi gereğince, idarenin kamu hizmetinin sürekli, etkili ve verimli bir biçimde yürütebilmesi açısından hizmet şartlarını gözeterek takdirini kullanmak suretiyle boş bulunan kadroya atama yapabileceği açık olup, re’sen emeklilik işlemi sebebiyle boşalan kadroya atama yapılmaması konusunda idarenin yargı kararıyla zorlanamayacağı kuşkusuzdur.”⁵¹⁰

Danıştay tarafından, süreklilik kamu görevlilerinin ayırıcı niteliği olarak kabul edilmiştir. Kararda kamu hizmetlerinin görülmesine geçici olarak katılanların kamu görevlisi olup olmadığı değerlendirilmiştir.

“Öğreti ve yargısal kararlarda, kamu idare ve kurumlarında kamu hizmetlerini yürüten kişilerden; idare örgütüne ve hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olan, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı ve kendilerine özgü statüleri bulunan, görevleri dışında da bu statüleri ile resmi sıfat ve yetkilerini koruyan, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olanlar ‘memur ya da kamu görevlisi’ sayılmakta, bu nitelik ve koşulları taşımayanlar ise ‘memur ya da kamu görevlisi’ deyimini kapsamında kabul edilmemektedir.

... belediye meclis ve encümeninin seçilmiş üyeleri ile il genel meclisi ve daimi encümenin seçilmiş üyelerinin, seçimle ve belirli bir süre için kamu hizmetine katıldıkları, genelde kurul halinde çalıştıkları, kurulun dışında resmi sıfat ve statüleri bulunmayıp kendi iş ve meslek statülerini korudukları; geçici ve gönüllü köy korucuları ile geçici işçiler ve öğretmenlerin ise, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıkları için kamu görevlisi sayı lmasına olanak bulunmamaktadır.”⁵¹¹

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ile kamu görevlisi arasında Anayasa’nın 128. maddesinde kurulan sıkı ilişki Danıştay tarafından da saptanmıştır. Danıştay, belediyelerin sürekli hizmetlerinin memurlar eliyle yürütülmesi gerekirken geçici işçiler eliyle yürütülmesinin, Türk Ceza Kanununda düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.

⁵⁰⁹ D8.D., E.1996/920, K.1998/1846, k.t.22.5.1998, **DD.**, sy. 98, 1999, s.460-461

⁵¹⁰ D5.D., E.1995/1788, K.1997/2389, k.t.30.10.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.291

“Sanığın süreklilik arz eden kamu hizmetlerine sınavla atama yapmadan belediye encümeni kararları ile asfaltlama işlerinde, içme suyu şebeke inşaatlarında çalıştırılmak üzere alınan geçici işçilerden bazılarını belediye zabıta memuru ve belediye memuru unvanları ile görevlendirdiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığından ... lüzumu muhakemesi yolunda verilen il yönetim kurulu kararının uygulama maddesinin Türk Ceza Kanunu'nun 240. ve 80. maddeleri olarak düzeltilmek suretiyle onanmasına...”⁵¹²

Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerine grev yasağı getiren hükmü, kamu hizmetinin sürekliliği gerekçesiyle anayasaya uygun görmüştür. Karar, örtük olarak grevi ceza yaptırımına bağlayan Türk Ceza Kanunu'nun 236. maddesinin (*“Devlet memurlarından üç veya daha ziyade kimse evvelce aralarında vaki o lan karar ve ittifaka binaen usul ve nizam hilafına memuriyetlerini terk ederlerse her biri .. .kadar ağır cezai nakdiye ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyete mahkum olurlar. Bu hareketlerinden Devletçe bir zarar hasıl olmuşsa zararın derecesine göre bunlardan her biri üç aydan beş seneye kadar hapsolunur*) Anayasa’ya aykırılık iddiasına ilişkindir.

“Memuriyetini terk eden memur yerine getirmekle yükümlü bulunduğu kamu görevini bırakmış olacağından memurların, diledikleri zaman ve diledikleri biçimde özellikle birleşerek memuriyetlerini terk edebilme hakkına sahip olmaları elbette savunulamaz. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi ve kamu düzeninin korunması memurların memuriyet görevlerin sürekli ve düzenli bir biçimde yerine getirilmelerini ve bu konu daki kurallara uymalarını gerektirir ve buna aykırı davranış ve eylemlerin niteliğine, önemine, kamu hizmeti ve düzeni üzerindeki etkisine göre değişen yaptırımlara bağlanmasını da zorunlu kılar. Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 117. ve ayrıca 14. ve 33. maddelerine aykırı görülmemiştir.”⁵¹³

Anayasa Mahkemesi’nin, “kamu hizmetinin sürekliliği”ni “süresiz olma” ile karıştırarak anlamlandırdığı bir kararı bulunmaktadır. Geçici köy korucularına ilişkin düzenlemenin, Anayasa’nın 128. maddesinde yer alan kanunla düzenleme kuralına

⁵¹¹ D1.D., E.1996/131, K.1996/242, k.t.19.6.1996, **DD.**, sy. 94, 1998, s.84-85

⁵¹² D2.D., E.1994/352, K.1995/1186, k.t.27.4.1995, **DD.**, sy. 91, 1996, s.62

⁵¹³ AM., E.1970/11, K.1970/36, k.t.23.6.1970, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 150/2, **AMKD**, sy.8, s.412-430

aykırı olduğu iddiası Anayasa Mahkemesi’nce yerinde görülmemiştir. Anayasa Mahkemesi, “geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevler, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde değildir” gerekçesiyle konunun 128. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁵¹⁴ Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine farklı bir anlam yüklemiştir. Süreklilik ile sürelilik karıştırılmıştır. Güvenliği sağlama görevinin, Anayasa’nın 128. maddesinde belirtildiği anlamda “devletin asli ve sürekli görevleri”nden olduğu açıktır. Söz konusu köy korucularına geçicilik niteliği veren, hizmetin arızı nitelikte olması değil, sürekli nitelikteki güvenlik görevinin yerine getirilmesi için belirli bir süreyle görevlendirilmeleridir.

Kamu hizmetlerinin sürekli işleyişine, arızı olarak katılan kişilerin statüsüne ilişkin bir kararında, Anayasa Mahkemesi, sürekliliği kamu görevlisi sayılmanın ölçütü olarak kullanmıştır. 1988 yılında verdiği kararında Anayasa Mahkemesi, İl Genel Meclisi üyelerinin kamu görevlisi sayılıp sayılamayacaklarını değerlendirmiştir. İlk önce kurumun niteliğini sonra da bu kurumdaki görevlilerin niteliğini araştırmaktadır.

“... Devlet örgütüne giren gerçek kişiler, ‘hükümet ve idare edenler’ ile bunların uzmanlaşmış yardımcıları olan ‘ajanlar’ biçiminde iki kategoriye ayrılırlar. Ajan kavramı, memurları olduğu kadar, İl Genel Meclisi Üyeleriyle Belediye Meclisi üyeleri gibi ‘fahri ajanları’ da kapsar. Her memur bir ajandır. Ama her ajan bir memur değildir.

... Fahri ajan kategorisine giren il genel meclisleri üyeleri, hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıkları örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı, üstlendikleri kamu hizmetleri dışındaki varlıklarını, iş ve meslek statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alan ve ölçülerde uzmanlaşmadıkları için memur ya da kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur.”⁵¹⁵

⁵¹⁴ AM., E.1985/5, K.1985/23, k.t.10.12.1985, **Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/2, **AMKD**, sy.21, s.252-262

⁵¹⁵ AM., E.1987/18, K.1988/23, k.t.22.6.1988, **AMKD**, sy.24, s.345-6; **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/8-b)

Ancak Anayasa Mahkemesi bir başka kararında “Anayasa’nın 128. maddesindeki ‘asli ve sürekli’ olma niteliği, çalışanın kişiliğine ve durumuna değil, yaptığı göreve bağlı koşullardır. Başka deyişle, asli-sürekli olmak personelin değil görevin niteliğidir” saptamasını yapmaktadır.⁵¹⁶ Bir önceki kararında, konu olan hizmetlerin niteliğini değil de, hizmeti gören kişilerin, hizmetle bağlantılanma biçim ve sürelerini değerlendiren Anayasa Mahkemesi burada farklı bir yöntem kullanmıştır.

Kamu malının devredilemezliği, zamanaşımıyla kazanılamaması ve haczedilemezliği ilkeleri de kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesiyle açıklanmaktadır.⁵¹⁷

Anayasa Mahkemesi, İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesindeki devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilemeyeceğine ilişkin hükmün Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiştir.

“İcra ve İflas Yasası’ndaki ‘Devlet mallarının haczedilemezliğine’ ilişkin hükmün konuluş nedeni, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 15.1.1947 günlü, Es as:1946/14, Karar:1947/5 sayılı kararı ile ‘... İcra ve İflas Kanunu'nun 82.maddesinde Devlet mallarının haczedilemeyeceğine dair konulmuş olan hüküm, kamu hizmetlerinin düzenli ve arasızsız bir tarzda yürütülmesini sağlamak maksadını güder ... devletin kendisine ait borcu ödemesi lüzumu, devlet kamu kişiliğinin itibar ve haysiyeti icabından bulunmakla Devletten alacaklı bulunan kişilerin kovuşturma yollarına başvurmalarına lüzum ve ihtiyaç bulunmayacağı aşıkardır. Kaldı ki; kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan malların hacze konu olabileceklerini düşünmek, Devletin yerine getirmekle görevli bulunduğu hizmetlerin ifa vasıtalarını ortadan kaldırmak gibi arzu edilmeyen bir netice doğurur.’ Biçiminde açıklanmaktadır (s.174) ... Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı önde geldiğine göre, bir alacaklının kişisel çıkarı için devlet mallarının haczi, diğer bir deyişle, özel yararın kamu yararına yeğlenmesi (tercih edilmesi) söz konusu olamaz.”⁵¹⁸

⁵¹⁶ AM., E.1988/64, K.1990/2, k.t.1.2.1990, **AMKD**, sy.26, s.74-75; **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/12

⁵¹⁷ Kamu malının niteliği ve devredilemezlik özelliği için bakınız Rolland, **Précis de Droit Administratif**, 1957, s.442-455

⁵¹⁸ AM., E.1992/13, K.1992/50, k.t.21.10.1992, **AMKD**, sy.29, s.175

Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan, “*bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurularda yürütmenin durdurulması kararı verilemez*” hükmünü Anayasa’ya uygun bulan Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde, kamu hizmetlerin “*düzenli ve aralıksız*” yürütülmesi gerekliliğine dayanmaktadır.

“Bu kararlardan zarar görenlere, kararın iptalini istemek konusunda dava hakkı tanınmış olması nedeniyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin engellenmesi idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılamayacağı ilkesini etkilemez. Tersine durumda, idarenin görevlerini eksiksiz olarak yerine getirmesi, kamu düzenin sağlanması ve kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız olarak yürütülmesi olanaksız kalır. Yasakoyucu, gerekli durumlarda kimi yönetsel kararlara karşı anayasal sınırları gözeterek, bu yolu açık ya da kapalı tutabilir.”⁵¹⁹

Yukarıda aktarmaya çalıştığımız gibi süreklilik ilkesi içtihatlarda doğrudan yer bulmaktadır; bunun yanısıra süreklilik ilkesinin kararlarda dolaylı kullanımları da bulunmaktadır. Örneğin idarenin sorumluluğunu doğuran hizmet kusurları arasında süreklilik ilkesinin ihlalini ifade eden durumlar da bulunmaktadır. Kamu hizmetinin hiç işlememesi ve geç işlemesinin bir hizmet kusuru sayılması süreklilik ilkesinin yaptırımını olarak da kabul edilebilir. Ayrıca, süreklilik ilkesi ve hizmet gerekleri, sözleşmeli personelin sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin denetiminde yargının kullandığı araçlardan biridir.

2. Eşitlik İlkesi (Yansızlık ve laiklik)

Kamu hizmetinin yerine getirilmesinde uyulması gereken temel ilkelerden bir diğeri de eşitliktir.

Eşitlik ilkesinin özel uygulamaları olan "yansızlık" ve "laikliğin" ayrı ilkeler olarak ele alınmasına rastlanmakla birlikte biz ayrı ilkeler olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu hususu ilerde açıklamaya çalışacağız.

⁵¹⁹ AM., E.1996/7, K.1996/11, k.t.18.4.1996, **AMKD**, sy.32, c.2, s.665

Öğretide kamu hizmetinin eşitliği ilkesinin “kanun önünde eşitlik” kuralının yansımaları olduğu savunulmaktadır. Tersine, “kanun önünde eşitlik” ilkesi, kamu hizmetlerinin eşitliği ilkesinin doğrudan ifadesidir.

Anayasa’daki tanımlanışıyla eşitlik, kişilerin devletle olan ilişkilerine yönelik bir ilkedir. “Kanun önünde” eşitlik düzenlenmiştir; yani, "devlet önünde" herkes eşittir. Anayasa’nın 10. maddesindeki ifadesiyle kanun karşısında “*herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri*” unsurlar bakımından eşit konumdadır. Ya da daha farklı ifade etmek gerekirse, kişilerin dili, ırkı, cinsiyeti, siyasi düşüncesi, dini ve benzeri temel farklılıkları kanunlar önünde “*gözetilmez*”. Kanunlar, bu unsurlar farklılık yaratmadan yapılır ve uygulanır; devlet bu unsurları farklı muamele dayanağı yapmadan faaliyette bulunur. İlke olarak devlet faaliyetleri bu unsurlar karşısında “yansız”dır.

Eşitlik iki yönlüdür; bir yandan bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerinde hukuk öznesi olarak eşit olduklarını anlattığı gibi, devletin hukuk yapıcısı ve uygulayıcısı olarak bireylere yansız davranması gerektiğini de ifade eder. İki yönüyle de günümüz toplumsal ve siyasal kurgusunun temelinde yer alır eşitlik. İnsanlar hukuk öznesi olmak bakımından eşit ve özgürdürler. Tüm iktisadi ve toplumsal yapı bu temel varsayım üzerine kurulur. Hukuki sonuçlar doğurma bakımından, tüm kişilerin iradesi eşit hukuksal değere sahiptir; eski toplumsal yapıdan farklı olarak soyluluk, toprağa bağlılık, kölelik vb. gibi öğeler, iradelere astlık/üstlük tanıyarak hukuk özneleri arasında farklılık yaratmaz. Ayrıca "eşit" hukuki değerde irade gücüne sahip olduğu kabul edilen kişilerin, hukuki ilişkiye girmekte özgür olduğu da bir diğer kabuldür. Hemen belirtelim ki bunlar kapitalist üretim biçimine dayanan toplumsal ve siyasal yapıların kurucu temel ilkeleridir ve hukuki soyutlamalardır; yaşamın somutluğunun ilkeleri sürekli zorlamasının, onların uygulanmakta olmasına bir etkisi yoktur.⁵²⁰

⁵²⁰ Örneğin, üretim araçlarına sahip olmayan kişilerin emek gücünü satıp satmama konusunda "özgür" olmadığı açıktır. Ancak, eski toplumsal yapılardan farklı olarak, kişilerin

Kamu hizmetleri sözkonusu olduğunda, eşitliğin, üretim ilişkileri, farklı terimlerle ifade edersek sivil toplum alanının temeli olması değil, kişilerin siyasal alanla ilişkilerindeki rolü önem kazanır. Klasik demokrasi anlayışında siyasal alanın kurucusu, geçmişin tüm bağımlılık ve ayrıcalık bağlarından kurtulmuş bireyin eşit ve özgür irade açıklamasıdır. “Halk tarafından yönetim formülünde ifadesini bulan klasik demokrasi teorisi, bütün (ergin) vatandaşların hür ve eşit iradeleriyle toplum yönetimine katılmaları anlayışına dayanır.”⁵²¹ “Eşitlik” ve “özgürlük” kavramları, siyasal alanla sivil toplum arasındaki temsil ilişkisini kurmada birleştirici öncüllerdir. Bunlar, gerçek yaşamlarında eşit ve özgür olmayan insanların oluşturduğu parçalı ve çelişkili toplumu, soyut bir topluluğu ifade eden devlete bağlayan, farklı çıkarları siyasal alanda oluşan ortak çıkarda birleştiren ilkelerdir.⁵²² Bu bağın kopmaması ve meşruiyetinin sürekli üretilebilmesi eşitlik ilkesinin yönetim faaliyetinde uygulanmasıyla mümkündür.

Anayasa’da düzenlendiği şekliyle eşitlik, biçimsel eşitliği ifade eder. Benzer özellikleriyle aynı kategoride yer alan kişilere aynı muamele yapılır. Farklılıklar, farklı muamele yaratabilecektir. Ancak Anayasa’da sayılan *dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri* unsurlar farklılık etmeni sayılamayacaktır. Demek ki hukuksal eşitlik ilkesiyle, eşitsizlikler kabul edilmekte, ancak bunlardan bazılarının devlet faaliyetlerinde eşitsizlik unsuru olarak kabul edilmesi yasaklanmaktadır.⁵²³

dini ve siyasal zorunlu bağlardan kurtarılmış olduğu ve iktisadi ilişkilerin siyasal zor aracılığıyla değil de özgür alım-satım ile gerçekleştiği de açıktır.

⁵²¹ Münci Kapani, **Politika Bilimine Giriş**, 6. B., Ankara, Bilgi Yayınevi, 1992, s.137

⁵²² Temel karşıtlıklarla bölünmüş toplumda bu işlevin nihai olarak gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Ayrıca bu temel ilkelerin siyasal yapının inşası ve sürdürülmesini sağlayan, meşruiyet üreten yegane araçlar olduğunu iddia ettiğimiz de düşünülmemelidir.

⁵²³ Mescheriakoff, “*kamu hizmetlerinde eşitlik*”, “*kamu hizmetleri aracılığıyla eşitlik*” ayrımı yapmaktadır. Kamu hizmetleri aracılığıyla eşitlik, maddi eşitsizlikleri gidermeyi hedefler ve bu nedenle de kimi zaman hukuki eşitliğe aykırılık doğurur. Kamu hizmetleri aracılığıyla eşitlik başlığı altında “olumlu ayrımcılık” da değerlendirilebilir. Olumlu ayrımcılık, eşitliği sağlamak için eşitlik ilkesine istisna getirilmesidir. Ancak hukuken sorunlu bir konudur. Örneğin, 10. maddede farklılık yaratılamayacak unsurlar arasında

Eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası temel belgelerde yer aldığı gibi Anayasada da açıkça düzenlenmiştir.

Fransız 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 1. maddesinde, eşitlik, hukuki yönüne vurgu yapılarak bir hak olarak ilan edilmiştir. "*İnsanlar, hukuk bakımından, hür ve eşit doğarlar, hür ve eşit yaşarlar. Sosyal farklılıklar, ancak ortak faydaya dayanır.*" Bu Bildirge, 1946 Fransız Anayasası'nın başlangıç bölümünde açıkça tanınarak Anayasa'ya dahil edilmiştir ve 1958 Anayasası da 1946'yı yürürlükten kaldırmakla birlikte temel hak ve hürriyetlerin gelişiminde önemli bir aşamayı temsil ettiği için başlangıç bölümünü yeni anayasaya eklemiştir.

1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 2. maddesinde "*herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bu Bildiride ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilir*" hükmü yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde de hemen hemen aynı düzenlemeye yer verilmiştir. "*İşbu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden istifade keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, milli veya sosyal menşe, milli bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi diğer bir durum üzerine müesses hiçbir tefrike tabi olmaksızın sağlanmalıdır.*"

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle önemli benzerlikler taşıdığı savunulan 1982 Anayasasının, 10. maddesi "*kanun önünde eşitlik*" kuralını düzenlemektedir. Ayrıca Anayasa'nın başlangıç bölümünde de eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

Anayasa'nın başlangıç bölümünün 6. paragrafında vatandaşların haklardan eşitlik gereğince yararlanacağı belirtilmektedir. "*Her Türk vatandaşının bu*

sayılan cinsiyet, kadınların toplumsal yaşamdaki rollerini artırmak amacını güden kota uygulamalarını engeller mi? Örneğin, Fransız Anayasa Konseyi, Yeni Kaledonya'da kamu veya özel kesimde işe girmede, bura vatandaşlarına ve burada belli bir süre yerleşik olanlara ayrıcalık tanıyan yasayı anayasaya aykırı görmemiştir (CC 15 Mars 1999, JO 21 Mars 1999, s.4234) Aktaran Chapus, **Droit Administratif Général**, c.1, s.582

Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...”

Haklardan yararlanmada eşitliğe ilişkin bu düzenlemenin, çoğu kez Anayasa'da bireylere tanınan hakların somutlaşması şeklinde ortaya çıkan, kamu hizmetlerine de uygulanacağı açıktır.

“Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddenin birinci fıkrasında genel eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanına maz.”

Ayrım yapılamayacak hususları belirlemek için sayılan örnekler arasında "servet"in bulunmaması dışında bu düzenleme Anayasamızın etkilendiği kabul edilen Birleşmiş Milletler ve Avrupa düzenlemelerine benzemektedir. Maddede sayılanların örnek olduğu, "ve benzeri" ifadesine dayanılarak genişletilebileceği savunulabileceği gibi, maddede sayılan örneklerin fiziksel ve düşünsel nitelikte olduğu düşünülürse "ve benzer"lerinin de bu çerçevede kalması gerekeceği, Anayasa'da servete (iktisadi konuma) ilişkin bir ayrımcılığın öngörülmediği de savunulabilir.

Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin seçim döneminde devlet televizyonundan, parasız yararlanmaları imkânına ek olarak para karşılığı yayın satın alabilmelerine olanak tanıyan düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmüştür:

“Parasız yararlanmaya ek olarak parasını ödeyerek görüntülü propaganda yapmak olanağı akçalı yönden güçlü olan siyasi partileri ayrıcalıklı duruma geçirebileceği gibi

... bu araçlardan yararlanmada kamusal yararın üstün tutulacağında duraksamaya yer yoktur. İptali istenen düzenlemede, akçalı olanaklar, kamu hizmetinden daha çok yararlanmanın aracı durumuna getirilerek özel ve kişisel yarara öncelik tanınmıştır. Bu uygulama sonucu, kamuoyu yansız, objektif ölçütlerle değil, akçalı gücü fazla olan partilerin görüşleri doğrultusunda yönlendirilmekle, siyasi partilerin kamuoyunu eşit biçimde ya da hiç değilse güçleri oranında etkileme hakkı zedeleneyecektir.

... Kamu hizmetinde eşit davranış eşit yararlanma temel ilkedir.”⁵²⁴

Kararda kamu hizmetlerinden yararlanmada mali güce göre yapılacak farklılaştırmanın hizmetin özelliğine bağlı olarak eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabileceği belirtildiği gibi, eşitlik ilkesinin kamu hizmetlerinin yansızlığıyla bağlantısı da kurulmaktadır.

Anayasadaki düzenlemenin önemli bir özelliği, 10. maddenin sonuncu fıkrasında, doğrudan idareye yönelik bir eşit muamele yükümlülüğü getirilmiş olmasıdır. “*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*”

Bu hükümle, “kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi” Anayasada açıkça düzenlenmiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de yukarıda aktardığımız kararında “*kamu hizmetinde eşit davranış eşit yararlanma temel ilkedir*” diyerek eşitliğin kamu hizmeti alanındaki yansımaları saptamıştır.

Ayrıca, Anayasa’da kimi hizmetlere ilişkin doğrudan eşitlik yükümlülüğü de öngörülmüştür. m.29/son: “*Sürekli yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından eşitlik esasına göre yararlanır.*” m.133/son: “*Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır.*” m.136: “*Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ... görevleri yerine getirir.*”

Fransız hukukunda, kamu hizmetlerinin işleyişine hakim olan eşitlik ilkesi, Fransız Devlet Şurası tarafından, “*hukukun genel ilkesi*” olarak değerlendirilmektedir (Société des concerts du conservatoire, CE, 1951).⁵²⁵

⁵²⁴ AM., E.1987/3, K.1987/13, k.t.22.5.1987, **AMKD**, sy.23, s.269

⁵²⁵ Aktaran Esplugas, **Le service public**, s.33

Eşitlik ilkesinin bir görünümü olan “yansızlık” Fransız literatüründe kimi yazarlarca ayrı bir ilke olarak ele alınmaktadır.⁵²⁶

Yansızlık, kamu hizmetlerinin, görevlilerin ve kullanıcıların kanaatlerine göre yürütülmemesini ifade eder. Anayasada, *dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri* unsurların ayırım temeli yapılmak bakımından kamu hizmetinden dışlanmış olması kanımca yansızlığı da ifade etmektedir. Düşünce ve inanç bakımından farklılık yaratılamayacak olması yansızlıktır. Bu anlamda eşitlik ilkesi karşısında bir özerkliği bulunmamaktadır.

Kamu hizmetlerinin yansızlığını açıklamak üzere, “musluktan akan suyun sağcısı, solcusu, dincisi, laiği olmaz önemli olan musluklardan suyun temiz, kirli veya hiç akıp akmamasıdır” denilmektedir.⁵²⁷

Kamu hizmetlerinde temel amacın toplumsal ihtiyaçların karşılanması olduğu gerçeğini vurgulayan bu sav, hangi ihtiyaçların kamu hizmetleri olarak ve hangi biçimlerde karşılanacağını sorununun, özü gereği siyasi bir konu olduğu gerçeğini gözardı etmektedir. Ayrıca, Lachaume’un da belirttiği gibi doğrudan doğruya toplumsal düşüncüyü şekillendirmeye yönelik kültürel, fikri ve sanatsal içerikte kamu hizmetleri vardır. Örneğin, eğitim kamu hizmetinin yürütülüşü sırasında idarenin yansız davranma yükümlülüğü bulunmaktadır, ancak eğitimin içeriğinin yansız olduğunu savunabilmek mümkün değildir. Devletin yayıncılık kuruluşları eşitlik ve yansızlık yükümlülüğüyle, örneğin, haberlerinde siyasi partilere dengeli olarak yer verebilir, ancak bir bütün olarak devlet yayıncılığının siyasi, ideolojik ve dini yönlerden yansız olduğunu düşünmek mümkün değildir. Kamu hizmetlerinin yansızlığı devletin ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin bir ideolojik çerçeve içinde hareket etmediği anlamına gelmez.

⁵²⁶ Bkz Geneviève Koubi, “Le principe de neutralité des services publics un principe corollaire à la modernisation de l’État? (I)”, **RA**, 1992, s.492; Geneviève Koubi, “Le principe de neutralité des services publics un principe corollaire à la modernisation de l’État? (II)”, **RA**, 1993, s.9

⁵²⁷ Lachaume, **Grands Services Publics**, s.316

“Yansızlık”, Fransız Anayasa Konseyi tarafından eşitlik ilkesinin doğal sonucu olarak değerlendirilmiş, ancak eşitlikten farklı olarak açıkça bir anayasal değer tanınmamıştır (CC, Décision n.86-217, 18 sept.1986).⁵²⁸

Dini konular karşısındaki yansızlığın ise laiklik ilkesini oluşturduğu savunulmaktadır.⁵²⁹

Kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve işleminde dinin eşitsizlik unsuru olarak kullanılmaması, kurucu ve belirleyici unsur olmaması yansızlıktır. Bunun da laiklik ilkesinin kamu hizmetleri alanında somutlaşması olduğu açıktır.

Anayasa’da laiklik ilkesinin geçtiği çeşitli maddeler bulunmakla birlikte içeriğine ilişkin açıklık yaratan düzenlemeler sınırlıdır. Anayasa Başlangıç II. paragrafta “...laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ..kesinlikle karıştırılmayacağı...” belirtilmektedir. Bununla birlikte devlet örgütlenmemizde, din hizmetleri bir kamu hizmeti olarak yer almaktadır.⁵³⁰

⁵²⁸ Pontier, **Les services publics**, s.99

⁵²⁹ Esplugas, **Le service public**, s.37

⁵³⁰ Diyanet İşleri Başkanlığı’nın ana görevi, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 1. maddesinde ifade edilen “ İslam Dininin inanç, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek” le ilgili görevlerin yerine getirilmesi için gerekli çalışmaları düzenlemektir. Diyanet İşleri Başkanlığının hizmet birimleri arasında Din Hizmetleri Dairesi Başkanlığı yer almaktadır. Bu birimin resmi tanıtım yazısında faaliyetleri: “İslamın güzel ahlak sistemi içinde yer alan kardeşlik, sevgi, saygı, hoşgörü, yardımlaşma ve dayanışma gibi hasletlerini yaygınlaştırmak suretiyle etkin ve yaygın bir din hizmeti sunmaktadır. Din hizmetleri, camilere ilaveten okul, hastahane, fabrika, öğrenci yurdu, huzurevi, çocuk yuvası gibi benzeri yerlere de ulaştırılmaktadır. Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesinde, halkın dini ve milli konularda aydınlatılması amacıyla her yıl Başkanlığımız merkezi ile mahallinden teşkil edilen ve ilim adamlarından oluşan irşad ekipleri görevlendirilmektedir.” şeklinde belirtilmektedir. (28.4.2001, <http://www.diyamet.gov.tr/tanitim/dinhzmtleri.html>)

Fransa’da 1905 tarihli Devlet-kilise ayrılığını düzenleyen Yasa’ya rağmen, din devlet ilişkisi karşılıklı tanımaya ve zaman zaman işbirliğine dönüşmekte ve idarenin dini hizmetlerle ilişkisi “kültürel hizmetler” çerçevesinde evrilmektedir. Alain-Serge Mescheriakoff, **Droit des services publics**, 2.B., Paris, PUF, 1997, s.162

Devlet faaliyetlerinde, özel olarak da kamu hizmetlerinde din bir kurucu ve belirleyici unsur olmamalıdır. Nitekim eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddede de kişiler arasında “din” unsuruna dayalı ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir.⁵³¹ Bu nedenle laiklik ilkesi kamu hizmetlerinin ayrı bir ilkesi olarak değil eşitlik ilkesinin bir yönü olarak ele alınmalıdır.

Eşitlik ilkesinin, kamu hizmetinin işleyişinde ortaya çıkış biçimleri değerlendirildiğinde, hizmetle ilişkili tüm kişiler için etkileri bulunduğu görülmektedir.

Örneğin, kamu hizmetinin insan ögesini oluşturan kamu görevine girmede eşitlik ilkesi, Anayasa tarafından düzenlenmiştir. “*Kamu hizmetlerine girme hakkı*” başlıklı 70. maddede, “*her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir./Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” hükmü yer almaktadır. Kamu görevine girme bakımından düzenlenen bu ilkenin görevde ilerlemede de geçerli olacağı açıktır.

Kamu hizmetine girmenin koşulları bulunduğu gibi, kamu hizmetinden yararlanmanın da koşulları bulunmaktadır. Hizmete girmede getirilecek koşullar “görevin gerektirdiği nitelikler”le bağlantılı olmak zorundadır. Bunun gibi kamu hizmetinden yararlanmak isteyen kişilerin uymak zorunda olduğu koşullar da “hizmetin gerektirdiği nitelikler”le bağlantılı olmak zorundadır. Ancak kamu görevine girme ve kamu hizmetinden yararlanmada, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri unsurlarla ilgili koşullar öngörülemezdir.

⁵³¹ Ancak neyin din olduğunu belirleme yetkisinin de gene kamu makamlarında olduğu görülmektedir. Örneğin, Danıştay, Diyanet İşleri Başkanlığı ve Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültelerinden alınan görüşlerde, Yehova Şahitliği dini ekolünün, Hristiyanlıktan ayrı müstakil bir din sayılmasının mümkün olmadığına bildirilmesi üzerine davacının nüfus kütüğündeki “dini” sütununa Yehova’nın Şahidi yazılması isteminin reddi yolundaki işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. DİDDGK., E.1993/73, K.1994/310, k.t.10.6.1994, DD., sy. 90, 1996, s.107-114.

Gerek kamu hizmetlerine girme ve gerekse kamu hizmetlerinin kullanıcısı olma bakımından yaşanan önemli sorunların başında “siyasi, dini, felsefi görüşler” nedeniyle ya da daha genel ifadeyle farklı düşünsel sistemleri benimsemiş olma nedeniyle dışlanma gelmektedir.

Bu dışlama, eşitliğin ve yansızlığın sağlanmasının bir aracı olabileceği gibi ihlalin de aracı olabilir.

Yansızlığın amacı, kamu hizmeti alanında bir fikrin ön plana çıkarak diğerlerine karşı eşitliği çiğnemesini engellemektir. Örneğin, bir Fransız İdare Mahkemesi’nin kararında, kamu hizmeti yürütülen yerde siyasi içerikli yazılar dağıtılmasının yasaklanması, kamu hizmetinin yansızlığının bir gereği olduğu için hukuka aykırı bulunmamıştır. Burada siyasi görüş, eşitlik ve yansızlık ilkesi gereği kamu hizmetinden dışlanmaktadır. Bunun gibi, Fransız Devlet Şurası, siyasi öğrenci gruplarının lisede toplantı yapmasına izin veren kararı kamu hizmetinin yansızlığına aykırı görmüştür (*Rudent, CE, 1985*). Ancak bir başka kararda, davet edilen kişinin siyasi taraflılığının açık olmasına ve konunun kamuoyunda doğurduğu siyasi tartışmalara (eşitlik ve vatandaşlık yasası) rağmen siyasi değil “toplumsal ve medeni tartışma” olduğu gerekçesiyle izin kararını hukuka uygun bulmuştur.⁵³²

Kamu hizmetinin işleyişinde eşitliğin sağlanması için, hizmeti sunanın ve ondan yararlananın artı bir faaliyeti gerekmez. Bununla birlikte, kamu hizmeti alanının, bir görüşe ait olmasını ya da en azından böyle bir görünüm yaratılarak eşitliğin ihlal edilmesini önlemek için, gerek hizmet sunanın gerekse hizmetten yararlananların aktif yükümlülükleri de bulunabilir. Devlet örgütlenmesini siyasal olarak yansızlaştırmak, en azından böyle bir görünüm yaratmak için, kamu görevlilerine siyaset yapma yasağı, siyasi açıklama yapma yasağı; siyasal düşünceleri açığa vurabilecek simgeleri önleyebilmek için kılık kıyafet standartları getirilebilir ve hatta, örneğin erkekler için bıyık biçimlerinin benzer işlev gördüğü durumlarda,

⁵³² (*Confédération nationale des groupes autonomes de l’enseignement public , CE, 1991*) Kararları aktaran Chapus, **Droit Administratif Général**, c.1, s.582

fiziksel görünüŖe yönelik kurallar da konulabilir. Üst paragrafta aktardığımız kararlarda görüldüğü gibi kullanıcıların da kamu hizmeti alanlarında kimi kısıtlamalara tabi olması beklenebilir. Gerek kamu hizmeti personeline gerekse kullanıcılara yönelik yükümlölüklerle ilişkin olarak üniversite personel ve öğrenci disiplin yönetmelikleri örnek verilebilir.

Hizmeti sunanlarla hizmetten yararlananların, yansızlığın sağlanması bakımından aynı derece yükümlölüklere tabi olmadıkları açıktır. Zira, siyasal örgütlenmenin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri unsurlar karşısında eşit davranması, bir başka ifadeyle tarafsızlığı, anayasal bir yükümlölüktür. Bu yükümlölüğün yerine getirilebilmesi için, kamu personelinin ve kamu faaliyetlerinin sınırlamalara tabi olması doğaldır. Hizmetten yararlananların ise, hizmetin zorunlu içdüzeninin sağlanarak sürdürülebilmesi için gerekli olanlar dışında sınırlamalara ve özellikle dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri kökenli sınırlamalara tabi olması eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır.

Kullanıcıların siyasal, felsefi dini vs. düşün ve inanç sistemlerine bağılılıklarının kamu hizmetlerinden yararlanmadaki etkisi konusu, öğrencilerin dini inançlarını dışa vuran kıyafet taşımaları vesilesiyle önem kazanmıştır. Kız öğrencilerin, dini inançları gereği başörtüsü takarak eğitim kamu hizmetinden yararlanıp yararlanamayacakları önemli hukuki sorunlar doğurmuştur. Aynı bağlamda yer alan ve Fransa’da içtihatlarla da yansımış bir diğer sorun da okullarda dini nedenlerle devamsızlığın mümkün olup olmadığıdır.

Eğitim kamu hizmetinin kullanıcılarının, bir dini inanca veya bir düşünce sistemine bağılılıklarını açığa vuran kılıkla kamu hizmetinden yararlanmaları veya idarenin bunu engellenmesi eşitlik, yansızlık ve laiklik ilkesiyle çelişir mi?

Konuyu, kamu hizmetlerini düzenleme iktidarının hangi organda bulunduğu sorununu, yani yasal dayanak olmadan idarenin kamu hizmetinin işleyişini düzenlemede yetkisi bulunup bulunmadığı sorununu bir kenara bırakarak

değerlendireceğiz.

Kanımızca bu konuda mutlak bir sınırlama getirilmesi eşitlik ilkesine aykırıdır. Getirilecek sınırlamanın hizmet gerekleriyle bağı kurulmalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi hizmetten yararlananların, hizmetin içdüzeninin sağlanarak sürdürülebilmesi için gerekli olanlar dışında sınırlamalara ve özellikle dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri kökenli sınırlamalara tabi tutulması eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır. Örneğin, boğaz köprülerinden geçiş hizmetinden yararlanmak isteyen kullanıcıların birtakım güvenlik sınırlamalarına tabi olması normaldir, ancak bunların, kılık kıyafet bakımından standarda tabi tutulması, siyasi düşünceleri, dini inanışları bakımından ayrılması eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır.

Fransa’da, yasallık ilkesi ülkemize göre daha zayıf uygulanmaktadır. İdarenin kamu hizmetinin işleyişini, yasal düzenlemeye gereksim duymaksızın, düzenleme iktidarı bulunmaktadır (*Jamart, CE, 1936*). Bu nedenle, ülkemizden farklı olarak, eğitimde “türban (*foulard islamique*)” sorunu yasal dayanak tartışmasının dışında yaşanmaktadır. Okul yönetimlerinin çeşitli kararları iptal davalarına konu olmuş ve yerleşik bir içtihat oluşmuştur. Buna göre idarenin, genel bir yasak getirmesi, yani türbanla eğitim kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesi mümkün değildir. Her somut durum, hizmetin içdüzenine etkileri bağlamında ayrı bir disiplin konusu yapılmalıdır.

1989 yılında iki okuldan başörtülü öğrencilerin atılmasının doğurduğu olaylar üzerine Fransız Milli Eğitim Bakanı Jospin, Devlet Şurası’ndan, kamu okullarında bir dini topluluğa aidiyet simgeleri taşınmasının laiklik ilkesine uygun olup olmadığı konusunda görüş istemiştir. Devlet Şurası, 27 Kasım 1989 tarihli görüşünde, ilk olarak, kamu eğitiminin laikliğinin, devletin laikliği ile kamu hizmetlerinin yansızlığına ilişkin yönleri olduğunu ve eşitlik ilkesinin eğitimden yararlanmada dini inançlara dayalı bir ayrımcılık yapılmasını yasakladığını belirterek bu ilkeler çerçevesinde öğrencilerin okullarda inançlarını açıklama özgürlüğü bulunduğunu, okullarda bir dine aidiyet simgeleri taşınmasının sadece bu nedenle laikliğe aykırı

olmadığını kabul etmiştir. Ancak Devlet Şurası bu özgürlüğün sınırlarını da saptamıştır. Öğrencilerin dini inançlarını açığa vurma özgürlüğü, “*doğası, bireysel veya toplu olarak taşındıkları koşullar gereği veya göze çarpıcı (ostentatoire) ve hak iddia eden (revendicatif) niteliği gereği baskı, kışkırtma, propaganda ve dini yayma oluşturabilecek; öğrencilerin veya eğitim topluluğunun diğer üyelerinin onur ve özgürlüğüne zarar verebilecek, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye koyabilecek, eğitim faaliyetinin düzenini ve öğretmenlerin eğitsel rolünü engelleyebilecek kısacası kamu hizmetinin normal kuruluş ve işleyişini bozabilecek dini aidiyet simgelerini açıkça taşımalarına izin veremez.*”⁵³³ Eğitime ilişkin 1989 tarihli Yasaya göre de “kolej ve liselerde öğrenciler, çoğulculuk ve yansızlık ilkesine saygı çerçevesinde bilgi ve ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlüğün kullanımı eğitim faaliyetlerini engelleyemez” düzenlemesi yer almaktadır. Bunun yaptırımı ise okuldan atılmadır.⁵³⁴

Fransız Devlet Şurası’nın türban konusundaki içtihiadı yukarıda aktardığımız istişari mütalaasına uygun gelişmiştir.

Fransız Devlet Şurası’nın içtihiadında sadece dini aidiyet göstergelerinin taşınması değil, bunun baskı, kışkırtma, propaganda veya dini yayma derecesine varması laiklik ilkesinin ihlali sayılmaktadır.

Fransız Devlet Şurası okullarda kabul edilen genel yasakları iptal etmiştir. Örneğin bir kararında, hiçbir öğrencinin sınıflara, çalışma salonlarına veya yemekhaneye başörtülü olarak alınmayacağını öngören bir lisenin içdüzen işleminin, “sürekli ve okulun hemen hemen tamamını kapsayan yasağın herhangi bir özel duruma dayanmadığına ve laiklik ve yansızlık ilkesi çerçevesinde öğrencilere tanınan ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna” hükmetmiştir.⁵³⁵

⁵³³ Aktaran Carbajo, **Droit des services publics**, s.58

⁵³⁴ **Ibid.**, s.59

⁵³⁵ (Mlles N. Et Z. Yılmaz CE, 1994); benzer karar (Kherouaa et Mme Kachour er Balo et Mme Kizic, CE, 1992). Kararlar için Carbajo, **Droit des services publics**, s.59

Özetle Fransız Devlet Şurası genel yasaklama getirilemeyeceğini ancak yukarıda saydığımız durumlarda disiplin yaptırımı uygulanabileceğini kabul etmektedir. Nitekim bir kararında, beden eğitimi derslerinde, başörtüsünü çıkarmayan öğrencinin bu davranışının dersin işleyişini engellediğini, ilgili öğrencinin babasının da katıldığı okul girişindeki gösterilerin okulda sorunlar doğurduğunu bu nedenle öğrencinin okuldan atılmasında hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.⁵³⁶

Aynı bağlamda yer alan ve Fransa’da içtihatlarla da yansımış bir diğer sorun da okullarda dini nedenlerle devamsızlığın mümkün olup olmadığıdır. Sorun, somut olarak Yahudi öğrencilerin dini günlerinde izinli sayılma isteklerinden doğmaktadır. İchtihatlarda, eğitiminin gereği olan yükümlülükleri aksatmaması ve kurumun iç düzenini bozmaması koşuluyla, öğrenciye, ibadetini yapması veya dini bayramları kutlaması için bireysel ve sistematik olarak izin verilebileceği kabul edilmektedir. Cumartesi günleri derse devam etmeyi reddeden kişinin, yüksek okullara matematik hazırlık sınıfına kabul edilmemesi, Fransız Devlet Şurası tarafından hazırlık sınıfındaki çalışma düzeninin gereklerine uygun görülmüştür.⁵³⁷

Yükseköğretim kurumlarındaki türban sorunu, ülkemizde, tekil olayların öğretimin içdüzeni açısından değerlendirilmesi yerine, genel disiplin yaptırımına bağlanma yoluyla çözülmeye çalışılmıştır.

Öğrencilerin yükseköğretim kurumlarında (ve öğretim elemanları ile idari personelin) hiçbir şekilde başörtüsüyle bulunmamalarını sağlamak için genel yasak koyma yöntemi izlenmektedir. Ayrıca, görünüm denetimi aracılığıyla, inanç ve fikirlerin ifade edilmesinin, yansızlık adına öğretim kurumlarında sınırlandırılması, türbanla sınırlı kalmamakta sakallı öğrencileri de kapsayabilmektedir. (Ancak henüz “sakal” ciddi hukuki sorunlar doğurmamıştır).

⁵³⁶ (*Époux Aoukili CE, 1995*), Kararı aktaran Pontier, **Les services publics**, s.90

⁵³⁷ (*Koen et Consistoire central des israélites de France, CE, 1995*), Kararı aktaran Chapus, **Droit Administratif Général, c.1**, s.584

Bu yöntem benimsenince, disiplin suç ve cezasını koymada yetki ve izlenecek yöntem sorunu konuyu karmaşıktırmıştır. Anayasa'daki yasallık ilkesinin disiplin suç ve cezaları için de geçerli olduğu Anayasa Mahkemesi kararlarında açıklık kazanmış⁵³⁸ olmasına karşın, konu genelge çıkarılarak ve yönetmelik değişikliğiyle düzenlenmeye çalışılmış, daha sonra türbana serbestlik tanıma isteğinde olan hükümetin girişimiyle yasal düzenleme yapılmış ancak, türban serbestisinin sebebi olarak yasada açıkça “dini inanç”tan söz edildiği için düzenleme, Anayasa Mahkemesince, “laik bir devlette yasal düzenlemelerin din kurallarına göre yapılamayacağı” gerekçesiyle iptal edilmiştir. Konuyu düzenleme iktidarına sahip olan yasama organı, bu iptal kararı üzerine yüksek öğretim kurumlarında kılık kıyafette serbestlik esasını getirmiştir. Bu yasal düzenleme karşısında, “türbanla mücadele” ancak, disiplin yönetmeliklerindeki hizmetin işleyiş düzenini güvenceye alan hükümler aracılığıyla, her somut durum ayrı ayrı değerlendirilerek gerçekleştirilebilecektir. Yasadaki kılık kıyafette serbestlik esasını değiştirmeden yüksek öğretim kurumlarında doğrudan herhangi bir kıyafeti disiplin yaptırımına bağlamak mümkün değildir. Kılık kıyafet nedeniyle hizmetin içdüzenine ilişkin olarak doğabilecek bozukluklar uygun disiplin araçlarıyla giderilebilir.⁵³⁹

⁵³⁸ “Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa’nın 38. maddesi kapsamındadır” (E.1990/12, K.1991/7, k.t. 4.4.1991, **AMKD** sayı 27, c.1, s.239-240) “Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Yönetimsel yaptırımlar, yönetimin karar ve işlemlerinin denetimi en zorunlu olanlarındandır. Suç ve cezalar anayasaya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz. Bir disiplin cezası sayılabilecek meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırmada programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de ‘uymama’nın tanımı yapılmamış, hangi eylemlerin uymama sayılacağı açıklanmamıştır. İçeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli ‘uymamak’ kavramı, buna bağlı disiplin cezalarının uygulanmasında anlayış, yorum ve değerlendirme ayrılıklarına dayalı olarak eşitsizlik, çelişki haksızlık doğurabileceği gibi yönetime, her an keyfiliğe dönüşmesine olanak verecek, geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır” (E.1987/16, K.1988/8, k.t. 19.4.1988, **AMKD** sayı 24, s.109)

⁵³⁹ Belirsiz ve genel yazımına katılmasak da şu düzenlemeler örnek verilebilir. Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğinde “ders, seminer, uygulama, laboratuvar,

Yasal düzenlemeler daha ayrıntılı aktarılabilir.

10.12.1988 tarihli Yasa değişikliğine kadar, yükseköğretim kurumlarında “türban” a ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktaydı. Yasa altı düzenlemelerde türban disiplin yaptırımına bağlanmıştır. İlk kez bir genelge ile 1982 yılında yükseköğretim kurumlarına türbanla girilemeyeceği öngörülmüş; Yükseköğretim Kurulu'nun 20.12.1982 tarihli bu genelgesinin iptal istemi Danıştay 8. Dairesince reddedilmiştir. Danıştay'ın “*kandırılmış kızlarımız*” içtihi bu kararda geliştirilmiştir. Beş yıl sonra, 1987 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde değişiklik yapılarak kapalı mekanlarda türbanla bulunma disiplin yaptırımına bağlanmıştır. Yönetmeliğin bu hükmünün iptali için açılan dava da Danıştay kararıyla reddedilmiştir. Ancak, Yönetmeliğin bu hükmü Yükseköğretim Kurulu tarafından 1989 yılında Yönetmelik metninden çıkarılmıştır. 1988 yılında Yükseköğretim Kanunu'na bir madde eklenerek “*Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların ör tü veya türbanla kapatılması serbesttir*” hükmü getirilmiştir.⁵⁴⁰ Bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından “laik bir devlette yasal düzenlemelerin din kurallarına göre yapılamayacağı” gerekçesiyle iptal edilmiştir.⁵⁴¹ İptalden sonra 1990 yılında Yükseköğretim Kanununa “*yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak koşulu ile yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir (Ek m.17).*” hükmü eklenmiştir. Düzenlemenin iptal istemi reddedilmiş ancak, Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde “serbestliğin”, “*dini inanç sebebiyle boyun ve saçların türbanla*

atölye çalışması ve konferans gibi çalışmaların düzenini bozmak” (m.7/e), “öğrenme ve öğretme hürriyetini, doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlamak; yükseköğretim kurumlarının sükun, huzur ve çalışma düzenini bozucu davranışlarda bulunmak” (m.8/a), ve “yükseköğretim kurumu içinde siyasi faaliyette bulunmak” (m.8/c) disiplin yaptırımına bağlanmıştır.

⁵⁴⁰ 10.12.1988 tarih ve 20032 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 3511 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanuna Eklenen Ek 16. madde

⁵⁴¹ AM., E.1989/1, K.1989/12, k.t.7.3.1989, **AMKD**, s.133

kapatılmasını ve dinsel nitelikli giysileri kapsamadığı"nı saptamıştır.⁵⁴² Yüksek Öğretim Kurumu tarafından Anayasa Mahkemesi gerekçelerinin de hükmün dayanağını teşkil ettiği için bağlayıcı olduğu savunulmakla birlikte, açıkça "serbestlik"ten söz eden bir düzenlemenin, iptal edilmemesine rağmen, sınırlama öngören bir düzenlemeye Mahkeme kararıyla nasıl dönüştürülebileceği de tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi ya iptal ya da iptal isteminin reddi kararı verir. Mahkemenin "*yorumlu red*" kararı vermesi, gerçekte yeni bir düzenleme yapmasıdır. Mahkemelerin uyuşmazlıklara uyguladıkları yasaları yorumlamaları temel yetkileridir. Ancak Anayasa Mahkemesi, yasaları uygulamaz, denetler. Anayasa Mahkemesi'nin uygulayacağı ve dolayısıyla yorumlayacağı yasa Anayasadır. Yasayla yapılmak istenen sonucun tamamen farklı bir sonuç doğuran bir yorum yapmak (ve bunun uygulanmasını beklemek) Anayasa'nın 153. maddesindeki "*kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edilm ez*" hükmüne aykırı olacaktır. Toplumsal yaşamın hukuki yapısına ilişkin tüm sorunların Anayasa Mahkemesince halledilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Özetle öğrencilerin yükseköğretim kamu hizmetinden türbansız yararlanmalarını zorunlu kılan bir yasa bulunmadığı gibi Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliği'nde de türbana ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ayrı ayrı üniversitelerin (örneğin Trakya Üniversitesi Öğrencilerinin Genel Görünüş, Giyiniş ve Davranışları Yönergesi⁵⁴³) ve üniversite teşkilatındaki alt birimlerin (örneğin kadın öğrencilerin başörtülü, erkek öğrencilerin sakallı derslere alınmamasına ilişkin İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Öğrenci İşleri Daire Başkanlığı işlemi⁵⁴⁴) çeşitli adlar taşıyan işlemleriyle genel yasalar getirilmektedir. Anayasa'nın 130. maddesinin IX. fıkrasında yükseköğretim "*disiplin ve ceza işleri*"nin kanunla düzenleneceği açıkça belirtilmiştir. Yükseköğretim

⁵⁴² AM., E.1990/36, K.1991/8, k.t.9.4.1991, **RG**, 31.7.1991, sy. 20947

⁵⁴³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin YDİ no.1998/906 sayılı ve 14.8.1998 tarihli kararından alınmıştır. Karar için bkz. www.yok.gov.tr

Kanunu'nun 65. maddesinde de öğrencilerin disiplin işlerinin Yükseköğretim Kurumu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Bu nedenle üniversitelerin disiplin konusunda düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Yükseköğrenim hizmetinden yararlanmada öğrencilerin türban sorununa ilişkin içtihadın gelişimi de “genel yasak” getirme yaklaşımına uygundur. Genel yasak öngören düzenleyici işlemler iptal edilmemekte, böyle bir düzenlemenin sözkonusu olmadığı birel işlemlere ilişkin davalarda da olayın yükseköğrenim kamu hizmetinin içdüzenine bozucu etkisi olup olmadığı değerlendirilmeden, sırf türban takıyor olma disiplin cezası verilebilmesinin gerekçesi olarak hukuka uygun kabul edilmektedir.

Konuya ilişkin yasalar ve yönetmeliklerde bir hüküm yok iken, derslere başörtülü girilmesini yasaklayan Yükseköğretim Kurulu 20.12.1982 tarihli genelgesi, bir uygulama işlemi ile birlikte dava edilmiş, Danıştay davayı,

"... başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak, kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir. Davacı yükseköğretim düzeyinde eğitim gördüğüne göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmesi gerekmektedir. Herkesçe bilinen ve benimsenen Cumhuriyetin kurallarını öğretmek ve benimsemekle görevli eğitim kurumlarının bunlardan ödün vermesi düşünülemez...",

gerekçesi ile reddetmiştir.⁵⁴⁵

Bu gerekçe sonraki tüm kararlarda da kullanılmıştır. Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'ne eklenen ve daha sonra kaldırılan yasağa ilişkin olarak açılan dava da benzer gerekçe ile reddedilmiştir.⁵⁴⁶ Yükseköğretim kurumu içtihadın durumunu şöyle saptamaktadır. "Başları kapalı olarak üniversitelerin kapalı mekanlarına giren öğrencilere disiplin cezası verilmesi, resimlerin başı kapalı olması nedeniyle kimlik belgesi, diploma düzenlenmemesi işlemlerine karşı, idare mahkemelerinde ve

⁵⁴⁴ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin YDİ no.1998/947 sayılı ve 19.8.1998 tarihli kararından alınmıştır. Karar için bkz. www.yok.gov.tr

⁵⁴⁵ D8.D., E. 1984 / 636, K.1984 / 1574

⁵⁴⁶ D8.D., E.1988/11173, K.1989/652, k.t. 7.7.1989, **DD.**, sy.78-79, 1990, s.413

Danıştay'da çok sayıda dava açılmış, bu davalar da türbanın masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline geldiği gerekçesiyle reddedilmiştir."⁵⁴⁷

Danıştay, türban takılmasına ilişkin açık bir disiplin suçu bulunmadığından, her okulun disiplin yönetmeliğinde bulunan “yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsma” ve “ders, seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması ve konferans gibi çalışmaların düzenini bozma” suçlarını esas almaktadır. Danıştay, türbana ilişkin kategorik bir tavır almıştır.

“2547 Sayılı Kanunun, Yükseköğretimin amaç ve ilkelerinin düzenlendiği 4 ve 5 inci maddelerinde bir yükseköğretim öğrencisinden ne beklendiği ve niteliklerinin ne olması gerektiğinin çerçevesi de çizilmiş bulunmaktadır. Atatürk inkılapları ve ilkelerini benimsemiş ve bu ilkeler doğrultusunda davranan kişi olmalıdır. ... Çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık kıyafet giyen, başörtüsü veya türban takan öğrencinin, Atatürk inkılap ve ilkelerine aykırı davrandığı böylelikle yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığı açık bulunmaktadır.”⁵⁴⁸

Daha sonra Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önüne de giden bir olayda Danıştay'ın verdiği karar temel niteliktedir.

"Yeterli eğitim almamış bazı kızlarımız hiçbir özel düşünce olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerinin etkisi altında başlarını örtmektedirler. Ancak bu konuda kendi toplumsal çevrelerinin baskısına veya gelenek ve göreneklerine boyun eğmeyecek ölçüde eğitim gören bazı kızlarımızın sırf laik cumhuriyet ilkelerine karşı çıkarak dine dayalı bir devlet düzeni benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttükleri bilinmektedir. Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir ... aydın, uygar ve Cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulaması doğaldır ... yüksek öğrenim görmek üzere okula geldikleri sırada dahi başörtüsünü çıkartmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunan davacıların okula alınmamalarında yasalara aykırılık olmadığından ..."⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ www.yok.gov.tr

⁵⁴⁸ DİDDGK., E.1993/6, K.1994/327, k.t.17.6.1994, DD., sy. 90, 1996, s.144

⁵⁴⁹ D8.D., E.1983/142, K.1983/2788, k.t.20.12.1983. Aktaran Pertev Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996, s.113; Tamamen aynı gerekçelerin kullanıldığı bir

Karar, başörtüsünün gelenek ve çevre baskısıyla takıldığını, eğitim gören kişilerin bu baskıya direnebileceklerini bu nedenle, en azından, eğitim kurumlarında başörtüsü takılmaması gerektiğini varsaymakta, eğitilmiş olmalarına rağmen yüksek eğitim kurumlarında başörtüsü takan kişilerin laik cumhuriyete karşı çıkmak amacıyla olduklarını kabul etmektedir. Böylece Danıştay içtihadında başörtüsü yüksek öğretim kamu hizmetinden kategorik olarak dışlanmaktadır.

Konu, başörtüsüz fotoğraf vermedikleri için diploma alamayan iki kişinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesine aykırılık gerekçesiyle yaptığı bireysel başvuru yoluyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önüne de getirilmiştir. Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin, din ve vicdan özgürlüğünü; bu çerçevede bir dinin uygulanmasını, öğrenimini, ayinlerini ve törenlerini de güvence altına aldığını ancak, kamuya açık alanlarda, bir dinin ya da inanışın emrettiği şekilde davranma hakkını da kişiye mutlak olarak tanımadığını saptayarak eşitlik ve yansızlık düşüncesiyle laik üniversitede sınırlamalar getirilebileceğini kabul etmiştir.

"...diplomalara yapıştırılacak fotoğraflara ilişkin kurallar, üniversitenin laik ve Cumhuriyetçi niteliğini korumaya yönelik Üniversite kurallarının bir parçasını oluşturur. Laik bir üniversitede yükseköğrenim yapmayı kabul ederken bir öğrenci bu üniversitenin bütün kurallarına uymayı kabul etmiştir. Bu kurallar öğrencilerin dini inançlarını yerine getirmelerini gerek yer, gerekse şekil açısından bazı sınırlamalara tabi tutabilir. Bu sınırlamanın amacı, değişik inançtaki öğrencilerin birarada bulunmasını sağlamaya yöneliktir. Özellikle, nüfusunun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu ülkelerde, bu dinin, hiçbir yer ve şekil sınırlaması olmaksızın, tam ayin ve gösterilerinin yerine getirilmesi, bu dine mensup olmayan başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde bir baskı oluşturabilir. Laik üniversiteler, öğrencilerin kılık-kıyafetlerine ilişkin disiplin kuralları koyduğunda, bazı dini akımların öğrenimde kamu düzenini bozmamaları ve başkalarının inançlarını ihlal etmemeleri için kurallarla sınırlamalar getirebilir. ... Komisyon, laik bir üniversitede öğrenci statüsünün doğası itibarıyla başkalarının hak ve özgürlüklerine saygıyı sağlamak amacıyla, bazı davranış kurallarına uymayı zorunlu kılınacağını kabul eder. Laik bir üniversitenin yönetmeliği, diplomanın hiçbir şekilde bir din ya da inancı ortaya çıkaran bir gösterge taşımasını zorunlu kılabilir. ... Diploma ve üzerindeki fotoğraf kişinin kimliğini

belirlemeye yarayan bir belge olup dini inançları açıkça göstermeyi amaçlayan bir belge değildir."⁵⁵⁰

Ülkemizde eğitim kamu hizmetinden yararlanmada “türban” sorunu, idarenin uygulaması ve Danıştay’ın içtihatlarıyla hukuk uygulaması sorunu olmaktan çıkmıştır. Ancak hukuk teorisi sorunu olarak varlığını sürdürdüğü gibi, önemli siyasal sorun niteliğindedir.

Eşitliğin ve yansızlığın sağlanması amacıyla “siyasi, dini, felsefi görüşler”in kamu hizmetlerinden dışlanması, idare tarafından kamu hizmetlerinden kimi siyasal görüşlerin dışlanması aracı olarak da kullanılabilir. Bunlar, kamu hizmetlerinde eşitliği ve tarafsızlığı sağlamanın bir aracı olarak kullanılabileceği gibi, seçici biçimde kimi kategorilere yönelik bir dışlama aracı olarak da kullanılabilir. Kimi (siyasi, felsefi veya dini) görüşlere sahip kişilerin, hizmet gerekleriyle bağı hiç kurulmadan, kamu hizmetlerinde görev alması veya kimi kamu hizmetlerinden yararlanması engellenebilir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi KİT’lerde çalıştırılacak sözleşmeli personeli için öngörülen, herhangi bir siyasi ve ideolojik beyanda ve eylemde bulunma yasağını kamu hizmetinin işleyişinde yansız davranmayı sağlamak amacıyla getirildiği gerekçesiyle anayasaya aykırı görmemiştir.⁵⁵¹

Ülkemizde kişilerin, suçluluk dışında “sakıncalılık” temelinde sınıflandırılmasına ve buna göre kimi anayasal hakları kullanmadan dışlanmalarına dayanan “güvenlik soruşturması”, hem kamu görevlilerine hem de kamu hizmeti kullanıcılarına yönelik ideolojik seçiciliğin ve dışlamanın aracı olarak kullanılmış ve kullanılmaktadır.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Karaduman Türkiye'ye Karşı Davası*, k.t.5.3.1993. Başvuru No:l6278 /90; *Bulut Türkiye'ye Karşı Davası*, k.t. 5.3.1993 Başvuru No:l8283/91

⁵⁵¹ AM., E.1990/12, K.1991/7, k.t.4.4.1991, **AMKD**, sy.27/1, s.229; **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/13-18

⁵⁵² “Güvenlik soruşturması hayli geniş bir uygulama alanına sahiptir. Vatandaşların devletle olan ilişkilerinde, kimi haklarını kullanabilmesi, devletin hakkında yapacağı güvenlik soruşturmasının “temiz” çıkması koşuluna bağlanmıştır. Türkiye’de bireylerin, yaşamlarının hemen her alanında devletle ilişkiye girmek zorunda kalmaları ve devasa yapısıyla devletin en büyük işveren olması, güvenlik soruşturması uygulamasının yaygınlığını ve önemini

Eşitlik ilkesi en önemli sonuçlarını hizmetten yararlananlar üzerinde doğurmaktadır.

Kamu hizmetinin eşitliği, farklılıkların tanınmaması, tek tiplik anlamına gelmez. Anayasa’da düzenlendiği şekliyle eşitlik biçimsel eşitliği ifade eder. Benzer özellikleriyle aynı kategoride yer alan kişilere aynı muamele yapılır. Karşılanması gereken kamusal ihtiyaçlarla, kamu hizmeti sunumu arasında olumsuz bir dengesizlik bulunduğu durumlarda, kullanıcı adayları arasında bir seçim yapmak zorunlu olmaktadır. Piyasada talebi, mali güç belirlerken kamu hizmetlerinde farklı unsurlar devreye girmektedir. Ancak Anayasada sayılan dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri unsurlar farklılık etmeni sayılamayacaktır.⁵⁵³ Hukuksal eşitlik ilkesiyle, eşitsizlikler kabul edilmekte ancak bunlardan bazılarının devlet faaliyetlerinde eşitsizlik unsuru olarak kullanılması yasaklanmaktadır.

Farklılıklar farklı muamele yaratabilir. Anayasa’da yer aldığı şekliyle eşitlik ilkesinin bu niteliği Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararlarında sürekli vurgulanmaktadır.

artırmaktadır. Güvenlik soruşturması uygulaması, her dönemde varolan pozitif düzenlemelerin kapsamını aşar yaygınlıkta olmuştur. Güvenlik soruşturmasının uygulandığı alanları, yeteri bir kesinlikle saptayabilmek mümkün değildir; zira, güvenlik soruşturmasının temel özelliklerinden biri gizli olmasıdır. Kişiler, haklarını aramayı mahkeme aşamasına kadar götürmedikçe, güvenlik soruşturmaları çoğu zaman açığa çıkmamaktadır.” Güvenlik soruşturması örnekleri ve anayasallık değerlendirmesi için bkz. Onur Karahanoğulları, “Güvenlik Soruşturması”, **AÜSBFD**, c.53, sy.1-4, 1998, s.159;

Fransız Devlet Şurası’nın *Barel* kararı, kamu hizmetinden faydalananların siyasi görüşlerinin etkisine ilişkin önemli bir karardır. Olay, 1953 yılında Ulusal İdare Okulu (ENA) aday listesinden bir adayın komünist olduğu için çıkarılmasına ilişkindir. Gazetelerin ortaya çıkardığı belgelere rağmen hükümetin siyasi nedenli bir dışlamayı yalanlaması ve mahkeme aşamasında gerekli belgeleri sunmaması önemli siyasi tartışmalar doğurmuştur. Fransız Devlet Şurası, komünist parti üyelerinin ENA’ya girebileceklerine, sadece siyasi düşüncelerine dayanılarak kişilerin kamu hizmetlerine girmeden dışlanamayacağına karar vermiştir (*Barel*, CE, 1954). Karar için bkz., **GAJA**, s.507

⁵⁵³ Fransız Devlet Şurası’nın ilginç bir kararında, adresi Fransa’da konuşulan yerel dillerden birinde yazılan (Breton dili) mektupların dağıtılmaması eşitlik ilkesine aykırı görülmemiştir. (*le Duigou*, CE, 1992). Aktaran, Jacqueline Morand-Deville, **Cours de Droit Administratif**, 6.B., Paris, Montchrestien, 1999, s.479

“‘Kanun önünde eşitlik’ ilkesi, Mahkememizin pek çok kararlarında belirt ildiği gibi tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu içermez. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilmez. ... Eşitliği bozan bir kuralın varlığı, ancak o kuralın kamu yararına veya başka haklı nedene dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilecektir.”⁵⁵⁴

Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında tekrarlanan bu gerekçesinde, eşitlik ilkesinin tek tiplik anlamına gelmediğini gösterdiği gibi farklılık yaratılmasının koşulunu da belirtmektedir: “Haklı neden”. Mahkeme neyin haklı neyin haksız olabileceğine ilişkin genel bir saptama yapmamakta her olayın niteliğini kendisi değerlendirmektedir.⁵⁵⁵ Daha sonraki bir kararında buna kamu yararı amacını da eklemektedir: “*eşitliği bozduğu iddia edilen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.*”⁵⁵⁶ Aşağıda aktaracağımız, Fransız Devlet Şurası’nın, farklılık yaratma koşulları içtihadıyla kıyasladığımızda “haklı neden” ve “kamu yararı amacı” gerekçeleri belirsiz görünmektedir.

Danıştay da örneğin kamu hizmetlerinden alınacak bedeli belirlerken, kullanıcılar arasında farklılaştırmaya gidilebileceğini kabul etmektedir.

⁵⁵⁴ AM., E.1981/13, K.1983/8, kt.28.4.1983, **AMKD**, sy20, s.53; Aynı gerekçenin tekrarlandığı diğer kararlara örnek: E.1986/16, K.1986/25, k.t. 21.10.1986, **AMKD**, s.291-293; E.1988/16, K.1988/8, k.t.19.4.1988, **AMKD**, sy24, s.97-98; E.1990/15, K1991/5, k.t.28.2.1991, **AMKD**, sy.27, c.1, s.172-174

⁵⁵⁵ Örneğin “iştirakler faaliyetlerini, Türk Ticaret Yasası hükümleri doğrultusunda sürdürmekte iseler de, ... ayrı nitelik taşıyan kuruluşları ve sermaye kompozisyonları onları özel hukuk tüzelkişisi ve gerçek kişi işverenlerinden farklı kılmıştır. Etkinliklerinin Türk Ticaret Yasası’na bağlı oluşu da bu farklılıkları ortadan kaldırmaz. Hukuksal durumları ve nitelikleri farklı olan kuruluşlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik bozulmaz.” AM., E.1991/5, K.1992/9, k.t. 18.2.1992, **AMKD**, sy.28, c.1, s.150-152.

⁵⁵⁶ AM., E.1988/4, K.1989/3, k.t. 12.1.1989, **AMKD**, sy.25, s.6; Kararda, fuhşu kendine meslek edinen bir kadını zorla kaçıran veya ırzına geçen kişiye verilecek cezanın aynı eylemleri iffetli bir kadına karşı gerçekleştiren kişiye göre daha az öngörülmesinin “haklı nedeni” olarak, “*fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticari bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlüklerinin iffetli kadınların ki kadar bozulmuş sayılmayacağı*” gerekçesi kullanılmıştır.

“Kamu hizmeti niteliğindeki telefon hizmetini yürüten idare, ... toplum içinde gördükleri hizmet itibarıyla bazı meslek grupları ve kişiler için telefon ücretinden indirim yapmaya, bu indirim esaslarını da belirlemeye yetkilidir.”⁵⁵⁷

Danıştay yapılacak tarife farklılaştırmasının kamu hizmetlerinde eşitliği bozmaması için bir grup tüketici için yüksek oranlı tarife belirlenmesinin kazanç sağlama amacı taşımaması gerektiğine karar vermiştir. Kararda açıkça değerlendirilmemiş olsa da varılan sonuç kamu hizmetlerinde çapraz sübvansiyon yapılmasını engeller nitelikte görülebilir.

Danıştay, belediye meclisinin su-atık su ücret tarifesinin “birim su fiyatının ve buna bağlı olarak birim atık su ücretinin Resmi Daireler, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile bunlara bağlı fabrikalar, işyerleri ve birimlerinden yüksek tutularak diğer tüketici gruplarında düşük belirlenmesinde eşitlik ilkesine uyarlık bulunmadığına; bu birim fiyatları arasında dört-beş hatta altı kat gibi bir fark bulunmasının, sunulan hizmet karşılığında bir ücret talep edilmesinden öte kamu kurumlarından gelir elde etmeye yönelik bir uygulama mahiyetinde olup, bu yönüyle de hukuka uyarlık bulunmadığına” karar veren Sivas idare mahkemesi kararını onamıştır.⁵⁵⁸

Fransız içtihadında kullanıcılar arasında ancak üç koşulda farklılık kategorileri yaratılabileceği kabul edilmektedir. Fransız Devlet Şurası’nın tarife farklılaştırmasına ilişkin *Denoyez et Chorques (CE, 1974)* kararında, yasal gereklilik, kullanıcılar arasında kayda değer farklılık ve kamu yararı durumları farklılaştırma için geçerli gerekçeler olarak kabul edilmiştir.⁵⁵⁹ Söz konusu olayda Fransız Devlet Şurası, bir adacıkla kara arasında taşımacılık tarifesinin belirlenmesinde, yerel vergi ödeyici olmanın diğerleri karşısında bir fark yaratmayacağına karar vermiştir.⁵⁶⁰ Bununla birlikte, Fransız Anayasa Konseyi, ilgili yerde oturan yerel vergi yükümlüsü kişiler lehine yollardan ve kara bağlantısı sağlayan araçlardan (araba vapurlarından)

⁵⁵⁷ D10.D., E.1995/1839, K.1996/3048, k.t.28.5.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.754

⁵⁵⁸ D8.D., E.1994/661, K.1994/2608, k.t.17.10.1994, **DD.**, sy. 90, 1996, s.839

⁵⁵⁹ Aktaran Lachaume, **Grands Services Publics**, s.308

⁵⁶⁰ Joël Carbajo, “Remarques sur l’intérêt général et l’égalité des usagers devant le service public”, **AJDA**, 1981, s.177

yararlanmada tarife farklılaştırılması yapılabileceğini öngören yasayı eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir.⁵⁶¹

Ancak Fransız Devlet Şurası'na göre tarife farklılaştırılmasına gidildiği durumlarda, kullanıcılarca ödenecek en yüksek tarife, hizmetin işleyiş maliyetine eşit veya onun altında kalmak zorundadır. Farklı bedel ödeyecek kullanıcılar için hizmetin maliyetini aşan tarife düzenlenemeyecektir.⁵⁶²

Fransız Devlet Şurası içtihatlarında yerel yönetimlerin zorunlu hizmetler dışında yarattıkları ihtiyari hizmetlerde, özellikle kullanıcıların yerellikle bağlantılarını dikkate alarak tarife farklılıkları yaratabileceklerini kabul edilmiştir. Örneğin, belediye dış hekiminden yararlanmada tarife belirlenmesinde sosyal yardımdan yararlanıyor olup olmama; belediye kreşlerinden, konservatuarından, öğrenci yemekhanesinden yararlanmada yerel vergi mükellefi olma; su tarifelerinin belirlenmesinde kullanım miktarının büyüklüğü kayda değer farklılık sayılmıştır.⁵⁶³

Buna karşılık, Fransız Devlet Şurası, Üniversitenin kimi olanaklarından yararlanmanın yaş koşuluna bağlanmasını; nükleer santrale yakın belediyelerle diğerleri arasında elektrik tarifesinde farkı yaratılmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.

⁵⁶⁴ Bu tip hizmetler için, hizmetle ilgisi bulunduğu ve kamu yararına görüldüğü oranda, kullanıcıların gelir düzeyinin de bir farklılaştırma ölçütü olabileceği kabul edilmiştir. Örneğin, Fransız Devlet Şurası, müzik okulu için ailenin gelir düzeyine ilişkin değerlendirmeyi kabul etmemiştir.⁵⁶⁵ Farklı durumda bulunmanın, farklı

⁵⁶¹ (Décision n.79-107, DC, 12.7.1979) Aktaran Esplugas, **Le service public**, s.35

⁵⁶² (*Centre communal d'action sociale de la Rochelle*, CE, 1989) ve (*Commissaire de la République de l'Ariège*, CE, 1984) Bkz, **GAJA**, s.457

⁵⁶³ (*Ville de Nanterre*, CE, 1964); (*Commune d'Aubagne*, CE,1985); (*Commune de la Ciotat*, CE,1985); (*Préfecture COREP de l'Ariège*, CE, 1984); (*Pariso*, CE,1983). Aktaran Lachaume, **Grands Services Publics**, s.311

⁵⁶⁴ Örneklere ilişkin kararlar sırasıyla (*Lefranc*, CE,1965); (*Union des consommateurs de Paris*, CE,1985). Aktaran Chapus, **Droit Administratif Général**, c.1, s.582

⁵⁶⁵ (*Ville de Tarbes*, CE,1985). Aktaran Esplugas, **Le service public**, s.36

muamele için yeterli olmadığı olasılıkta “kamu yararı” gerekçesine de başvurulmaktadır.⁵⁶⁶

Fransız hukukunda kullanıcıların durumlarının farklılıklarına uygun farklı kategoriler yaratılmasının yasakoyucunun (veya idarenin) takdirinde bulunduğu, bireylerin eşit muamele hakları bulunmakla birlikte farklı muamele talep etme haklarının bulunmadığı kabul edilmektedir.⁵⁶⁷

3. Uyum (Değişkenlik)

"Uyum" ilkesi, kamu hizmetlerinin tarihselliğini vurgulaması bakımından önemlidir. İlk bölümde ele almaya çalıştığımız iktisadi-mali yaklaşım savının aksine, kamu hizmeti, birtakım mal kategorilerinin sınırlı bir alanına sıkıştırılmış sabit bir veri değildir. Tarihsel olarak değişir ve uyarlanır.

"Değişkenlik ve uyarlanma, çağın teknik ve teknolojik bilimsel gerek ve olanaklarının olabildiğince gözönünde tutulması ve buna göre sunulan hizmetin içerik ve yöntemi ile araç-gereçlerinde sürekli değişkenlik ve uyarlamaların yapılması zorunluluğunu anlatır."⁵⁶⁸

Kamu hizmetlerinin uyum ilkesine tabi olduğunu söylemek malumu ilan etmekten öte bir anlam taşımaz. Tüm canlı varlıkların ve toplumsal yapıların evrime tabi olduğu, modern biyoloji ve sosyolojinin temellerini atan gerçeği elbette kamu hizmetleri için de geçerlidir. Ayrıca, değişim ve uyarlanma kamu hizmetinin varlık nedeninde de yer alır. Siyasal örgütün karşıladığı temel ihtiyaç, üzerinde gerçekleştiği, üretim biçiminin varlığını ve işleyişini güvenceye almak ve bunun gereği olarak da kendi varlığını güvenceye almaktır. Siyasal örgütün bu işlevi minimum olarak hayat, mülkiyet ve sözleşme hürriyetini güvenceye almak biçiminde orta çıkar ve kapitalist üretim biçimini sürdürmek için gerekli olan tarihsel ihtiyaçlara

⁵⁶⁶ Örnekler için bkz. Carbajo, **Droit des services publics**, s.54

⁵⁶⁷ **Ibid.**, s.52-3

⁵⁶⁸ Özay, **Günüşığında Yönetim**, s.242

doğru genişler. Söz konusu minimum ve minimumun üzerine konulacak her faaliyet kamu hizmetidir. Siyasal alanın örgütü, varlığını sürdürebilmek ve varlık nedenini gerçekleştirebilmek için yeni ihtiyaçlara ve ihtiyaçların karşılanmasında kullanılabilecek yeni araç ve yöntemlere sürekli duyarlı olmak zorundadır. Klasik hukuki terimlerle ifade edersek, kamu hizmetinin karşıladığı kamu yararı ve bunu karşılama araçları zamana ve mekana göre değiştiğine göre kamu hizmeti de amacını gerçekleştirebilmek için bunlara uyum sağlamak zorundadır. "Hizmetin devamlı ve düzenli bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu, kamu yararı ve sosyal ihtiyaçlar zaman içinde değişiklik arzedeceğinden, İdare'ye bu yeni durumlara uyma borcu yükler."⁵⁶⁹

Değişkenlik ve uyumun zorunluluğu kolayca saptanabilir, ancak değişimin yönü ve uyumun ölçüsü aynı kolaylıkla belirlenemez. Bu sorun için, ilk bölümdeki "yüklenme iradesinin kaynağı" tartışmasına gönderme yapıyoruz.

Uyum ilkesinin önemi, zaten yeterince açık olan bir zorunluluğu ifade etmesinden kaynaklanmaz. Kamu hizmeti hukuki rejiminin (genel olarak idare hukukunun) temel özelliklerinden birinin kaynaklarından olması bakımından önem taşır: Tek yanlılık. "Tek yanlı olarak idarenin kamu hizmetleri düzenini değiştirme, idari sözleşmelerde değişiklik yapma, ... yetkileri hep söz konusu değişkenlik ilkesinden çıkmaktadır."⁵⁷⁰

İdare hukukumuzda, "değişkenlik ve uyum (uyarlama, uyarlanma)" terimlerimleriyle ifade edilen⁵⁷¹ bu ilkenin Fransız yazınında farklı adlarla (*adaptation*: uyarlama, *mutabilité*: dönüşüm, *évolution*: gelişme, *fonctionnement efficace*: etkili işleyiş) anıldığı görülmektedir.⁵⁷²

⁵⁶⁹ Giritli-Bilgen, **İdare Hukuku**, c.3, s.202

⁵⁷⁰ Duran, **İdare Hukuku**, s.310

⁵⁷¹ Duran, **İdare Hukuku**, s.310; Özay, **Günışığında Yönetim**, 1996, s.241; Gözüyük, Tan, **İdare Hukuku c.1**, s.446; Günday, **İdare Hukuku**, s.226; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s.64

⁵⁷² Valette, **Le service public à la française**, s.91

Uyum ilkesini, bağımsız olarak ele almayıp süreklilik ilkesi kapsamında değerlendiren görüşler de bulunmaktadır.⁵⁷³ Buna göre kamu hizmetleri değişerek ve uyarak sürekliliğini sağlar. Bu görüşe karşı değişkenlik ve uyumun, her zaman için hizmetin sürekliliğini gerektirmediği, uyum için kamu hizmetlerinden kimilerinin kaldırılabilceği, bu nedenle de değişkenlik ve uyumun, süreklilik ilkesinden bağımsız nitelik taşıdığı savunulmuştur.⁵⁷⁴ Her iki görüş de ilkeyi aynı içerik ve aynı sonuçlarla değerlendirmektedir. Bu nedenle önemli bir tartışma olmadığını düşünüyoruz. Ancak, değişkenlik ve uyum ilkesinin bağımsızlığını gerekçelendirmek için kullanılan savın ayrıca ele alınması gerekmektedir. Değişkenlik ve uyum bazı kamu hizmetlerinin kaldırılmasının gerekçesi olabilir mi? Kaldırma durumunda ortada kamu hizmeti de kalmayacağından, kamu hizmetinin değişkenliği ve uyumundan söz edilemez. Bu nedenle kamu hizmeti olarak devletçe üstlenilen alanın tekrar piyasaya terk edilmesi kamu hizmetinin değişim ve uyumu ilkesi ile açıklanamaz. Örneğin, sokakların havagazıyla aydınlatılmasından elektrikle aydınlatmaya geçilmesinde yeni teknolojiye uyum sözkonusudur; havagazıyla aydınlatma kaldırılmıştır, ancak bu aydınlatma kamu hizmetinin kaldırılması anlamına gelmemekte bu hizmet, elektrik enerjisine göre yeniden örgütlenmektedir.

Anayasa'da kamu hizmetlerinin değişkenlik ve uyum ilkesine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'nın idareye ve planlamaya ilişkin kimi hükümlerinde "*verimlilik, uyumluluk, düzenlilik, etkililik*", kamusal etkinliğin ilkeleri olarak dolaylı şekilde öngörülmüştür.⁵⁷⁵ Kamu hizmetlerinin bu hedefleri

⁵⁷³ Fransız idare hukukunda Vedel ve Delvolvé bu görüştedir, aktaran **Ibid.**, s.92; Türk hukukunda Giritli-Bilgen, **İdare Hukuku c.3**, s.202; Özay, **Günışığında Yönetim**, s.241

⁵⁷⁴ Valette, **Le service public à la française**, s.92

⁵⁷⁵ **m.126/son** "Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir." **m.108** "İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, ... her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar." **m.166** "... ülke kaynaklarının ... verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir." **m.166/II** "Planda ... kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır." **m.131** "... üniversitelere

gerçekleştirmek için, uygun yeni araç ve yöntemleri izleyerek uygulaması bir zorunluluktur. Değişkenlik ve uyum ilkesinin anayasal köklerini, zayıf da olsa bu düzenlemelerde görmemiz mümkündür.

Fransız hukukunda, değişkenlik ve uyum ilkesinin hukuki değerini ele alan Lachaume, herhangi bir düzenlemeye atıf yapmadan, etkinliği sağlamaya yönelik değişkenlik ve uyumun, devletin sürekliliğini sağladığını bu nedenle de anayasal değerde bir ilke olduğu görüşünü savunmaktadır.⁵⁷⁶ Anayasadaki aktardığımız düzenlemeler gözönüne alınınca bu görüş, Türk hukuku için de savunulabilir.

Fransız idare hukukunda, kamu hizmetinin diğer ilkelerinden farklı olarak, uyum ilkesinin hukuki değerine ilişkin anayasal ve idari yargıda açık bir içtihat bulunmamaktadır.

Fransız Devlet Şurası, yüzyıl başında gazlı aydınlatmadan elektrikli aydınlatmaya geçişin doğurduğu uyuşmazlığa ilişkin kararında uyum ilkesini kullanmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, belediye gazla aydınlatma imtiyazcısından elektrik aydınlatmasına geçmesini istemiş, isteği reddedilmiştir. Devlet Şurası, belediyenin, halkı yeni aydınlatma biçiminden yararlandırma hakkından vazgeçemeyeceği, daha önce gazla aydınlatma tekeli vermiş olsa bile teknik ilerleme gereği olarak elektrikle aydınlatmaya geçme kararı alabileceği sonucuna varmıştır. Bu durumda eski imtiyazcının öncelik hakkı olacaktır.⁵⁷⁷

Uyum ilkesi idarenin, kamu hizmetini konu alan sözleşmeleri, karşı tarafın kusuru aranmaksızın, tazminat karşılığı, sona erdirebilme yetkisinin kökeninde yer almaktadır.⁵⁷⁸

tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ... maksadı ile Yükseköğretim Kurulu kurulur.”

⁵⁷⁶ Lachaume, **Grands Services Publics**, s.264-265

⁵⁷⁷ (*Compagnie nouvelle du gaz de Deville -Lès-Rouen*, CE,1902), Valette, **Le service public à la française**, s.292

⁵⁷⁸ (*Distillerie de Magnac-Laval*, CE,1958), **Ibid.**, s.295

Değişkenlik ve uyum ilkesi idareye, kamu hizmetine ilişkin sözleşmelerde, sözleşmenin hizmet koşullarına ilişkin düzenleyici hükümlerini tek yanlı değiştirme yetkisi de vermektedir. Özel kişinin kamu hizmeti yerine getirmeyi sözleşmeyle değil de idarenin tek yanlı yetkilendirmesiyle üstlendiği durumlarda, idarenin uyum gerekleri doğrultusunda değişiklik yapma yetkisi daha geniştir. Özel kişiye gördürülen hizmet, kamu hizmeti niteliğini kaybetmez ve idare, hizmet üzerindeki gözetim yetkisini sürdürür. İdare buna dayanarak imtiyaz konusu hizmetin yeni koşullara uyumu için, sözleşmede öngörülmemiş olsa bile, seçilmiş olan hizmet yürütüm biçiminin sınırları içinde kalmak ve sözleşme konusuna tamamen yabancı olmamak koşuluyla, gerekli değişiklikleri yapma yetkisine sahiptir.⁵⁷⁹ İdarenin bu yetkisini kullanmaması durumunda hizmetten yararlananlar dava yoluna başvurabilir.⁵⁸⁰ Bu yetkinin kullanılması durumunda sözleşmenin karşı tarafının uğrayacağı zarar karşılanmaktadır. Fransız içtihatlarında tazmin gerekliliği, “keyfi karar (*le fait du prince*)” kavramıyla açıklanmaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kamu hizmetlerinin değişkenlik ve süreklilik ilkesi, idare hukukunun kuralsal (statüter) ve tek yanlı niteliğinin varlık nedenidir. Bu durumdan en çok etkilenen grup öncelikli olarak hizmetten yararlananlardır. Hizmetin değişkenlik ve uyumunun belirli toplumsal ihtiyaçların tatmininde etkinlik sağlayarak genel olarak kullanıcılar lehine sonuçlar doğuracağı kabul edilirse de bu ilke hizmetten yararlananlara, hizmet üzerinde herhangi bir hak tanımamaktadır. Hizmetten yararlananların, bir kamu hizmetinin sürdürülmesini veya aynı koşullarla sürdürülmesini isteme hakları bulunmadığı kabul edilir. Bu kuralı değerlendirirken, anayasa ve yasalarca zorunlu kılınan hizmetler istisnası unutulmamalıdır. Kamu hizmetinin kaldırılmasının değişkenlik ve uyum ilkesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceği çekincemizi yineleyerek, genel görüş çerçevesinde bir örnek karar aktarabiliriz. 1956 yılında çıkan bir yangında Eiffel Kulesindeki televizyon

⁵⁷⁹ (*Deplanque, CE, 1907*), Lachaume, **Grands Services Publics**, s.293

⁵⁸⁰ (*Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguy-Tivoli, CE, 1906*), **Ibid.**, s.293, 294

vericisi, tahrip olması üzerine kaldırılmıştır. Fransız Devlet Şurası, belli bir süreyle hizmet vereceği önceden düzenleyici işlemde belirtilmiş olsa dahi, gerekli durumda idarenin hizmete son verebileceğine karar vermiştir.⁵⁸¹ Bu durumlarda idarenin kusuru varsa tazmin sorumluluğu doğacaktır. Hizmetin değiştirilmesi, idarenin herhangi kusuru olmamasına rağmen kullanıcı için zarar doğurmuşsa, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılarak idarenin sorumluluğuna gidilebilir. Fransız içtihadında, bu durumlarda ancak anormal ve özel bir zarar doğmuşsa tazmin sorumluluğu doğacağı kabul edilmektedir.⁵⁸²

Bu ilkeye genelde bir kamu hizmetinin kaldırılmasını açıklamak için başvurulmakla birlikte kanımızca, varolan hizmetlerin işleyiş rejiminin değiştirilmesi de bu ilke kapsamındadır. Hizmetin işleyiş rejimi, yani hizmetten yararlanma koşulları, hizmeti sunuş biçimi, çalışma saatleri, bedeli her zaman değiştirilebilir.⁵⁸³ Özellikle sınai veya ticari kamu hizmetlerinde, abonelik koşulları ve tarifeler sürekli değişir. Kullanıcıların bu noktalarda belirleyicilik hakkı bulunmamaktadır. Nitekim, içtihatlarda tarife belirlemesinin, idarenin düzenleyici işlemiyle gerçekleştiği kabul edilmektedir.

Su, elektrik, gaz gibi hizmetlerden yararlanmak için idare ile kullanıcılar arasında yapılan abonman sözleşmelerden çıkan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiği; ancak, abonelik şartlarının idarece düzenlenmesine ilişkin kararların kamu hukuku alanında bulunduğu ve bu nedenle söz konusu düzenlemelere karşı açılan davaların idari yargının görev alanı içinde olduğu kabul edilmektedir.

“Elektrik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinden abonman sözleşmesi ile faydalanılır. Bu sözleşmeler belli bir konuyu, şartları, karşılıklı hakları ve borçları belirler. ... Bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceği tartışmasızdır.

⁵⁸¹ (Vannier, CE, 1961), Valette, **Le service public à la française**, s.94

⁵⁸² (Ministre des transports c./Cte Touraine Air Transport, CE, 1985) , Lachaume, **Grands Services Publics**, s.271

⁵⁸³ Postanelerin çalışma saatlerinin değiştirilmesine ilişkin (Vincent, CE, 1985), **Ibid.**, s.270

Abonman sözleşmelerinin konusu ve kapsamı tarafların serbest iradelerinin ürünü olmadığı gibi, bu sözleşmeyi hazırlayan idare bile bunu (bir şirket gibi) serbestçe hazırlamak yetkisine sahip değildir; bunlar da diğer kamu hizmetleri ve kamu hukuku kuralları gibi düzenleyici işlemlerle hazırlanır ve kural -işlem niteliğindedir ve aboneyi olduğu gibi idareyi de bağlar. Bu nedenle meydana getirdiği durum da genel bir hukuki durumdur ve sübjektif sözleşmelerle bu kurallar değiştirilemeyeceğinden, sübjektif kişisel ve akdi durum ancak görünürde vardır.

Bu nedenledir ki, abonman sözleşmesi süresince idare yine düzenleyici tasarruflarla, kamu hizmetinin bedelini indirir veya çıkarır; bu değişiklikler belirli bir süreyle akdedilmiş ve halen devam etmekte olan abonman sözleşmelerine de etki eder. Çünkü bu sözleşmeler tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, köken bakımından imtiyaz sözleşmesine ve şartnamelere benzer. Şartnameler, tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir, hizmeti ve dolayısıyla bu hizmeti düzenleyen sözleşmeyi objektif hukuk kuralı saymak gerekir. Sözleşmenin kendisi de hizmetin objektif kaidelerini, statüsünü kapsayan kurallardır. İdare de bu objektif kurallara tabidir. Hizmetten yararlanacaklara sunulan bu kurallar aslında bir statünün kurallarıdır. İdare de bu statünün kurallarını belirlemede irade serbestliğine sahip olmayıp, kamu hukuku kuralları ile bağlıdır.

Bu nedenle bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki sözleşme yapılmadan önce sözleşme şartlarının tek taraflı olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesinde idarenin kamu gücünü kullanarak idari tasarrufta bulunduğunu kabul etmek gerekir.”⁵⁸⁴

Abonman sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanındadır. Ancak bir ayırım yapılmaktadır. Sözleşmenin kurallarına ilişkin uyuşmazlık idari yargının, sözleşmeye göre hesaplanan ücretlere ilişkin uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmektedir.

“Dava konusu atıksu ücret tarifesi idarenin tek taraflı ve kamu gücünü kullanarak oluşturduğu düzenleyici bir işlemdir.

Abone sözleşmesi uyarınca bu hizmetten yararlanan abonelerden tarifesine göre istenilecek ücretten doğacak uyuşmazlıkların görüm ve çözümü adli yargı yerinin görev alanına girmekte ise de, yukarıda açıklandığı gibi idarenin tek taraflı olarak kamu gücüne dayanak oluşturduğu düzenleyici işlem niteliğindeki ücret tarifesine karşı açılan davanın görüm ve çözüm yerinin idari yargı yeri olduğu kuşkusuzdur.”⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ D8.D., E.1997/185, K.1997/2229, k.t.23.6.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.538-539

⁵⁸⁵ D8.D., E.1992/3333, K.1994/79, k.t.13.11.1994, **DD.**, sy. 90, 1996, s.914

Değişkenlik ve uyum ilkesinin önemli bir sonucu idarenin hizmetin işleyişine ilişkin kurallarda sürekli değişiklik yapabilmesi ve kullanıcıların da bunun karşısında kazanılmış hak iddiasında bulunamamasıdır. Danıştay, Lisansüstü Eğitim Yönetmeliğinde yapılan yabancı dil sınavı ile ilgili değişikliğin, doktora yeterlilik sınavına girmemiş eski öğrencilere de uygulanabileceğine karar vermiştir.

“Kamu idareleri, kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda yönetmelikler çıkarma yetkisine sahip oldukları gibi bunları günün koşullarına, mevzuata ve kamu hizmetinin özelliklerine göre yeniden düzenleme ve değiştirme yetkisine de sahiptirler.. ... Objektif hukuk dünyasında meydana gelecek bu değişikliğin, daha önceki kural tasarrufların doğurmuş olduğu objektif ve genel hukuki durumlara da tesir edeceği ve mevcut durumlara da uygulanacağı açıktır. Soyut ve genel hukuki durumların (hukuki statülerin) en önemli özelliği bunların daima değişebilmesi ve bu değişikliğin de herkese karşı geçerli olmasıdır. Objektif hukuk dünyasında meydana gelen ve hukuki statüde değişiklik yapan bu düzenlemelerin eski düzenleme uyarınca statü kazanmış ve statüsü devam eden bireyleri de kapsayacağı açıktır.”⁵⁸⁶

Değişkenlik ve uyum ilkesinin gereği olarak hizmetin işleyiş koşullarında değişiklik yapılabilirse de bu değişikliğin geçmişe etkili olamayacağı kabul edilmektedir. Örneğin hizmet bedellerine ilişkin tarifeler geçmişe etkili olarak düzenlenemez.⁵⁸⁷

Kamu hizmetinin değişkenliği ve uyumu kullanıcıların, zorunlu olanlar dışında hizmetlerin kaldırılmamasını ve koşullarının değiştirilmemesini istemesine engel olmakla birlikte, kullanıcıların varlığını sürdüren hizmetlerin hedeflediği toplumsal ihtiyacı karşılayacak içerik ve nitelikte yerine getirilmesini isteme hakkı vardır. Nitekim, idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğunun temellerinden birisini de bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi oluşturmaktadır (hizmetin kötü işlemesi). İdare, üst düzenlemelerin hizmete ilişkin öngördüğü yeni düzenlemeleri de hayata geçirmek zorundadır. Kullanıcıların idareyi, hizmeti yeni hukuki ve fiili durumlara uydurmak için genel idari başvuru ve dava yollarıyla zorlamaları mümkündür.

⁵⁸⁶ D8.D., E.1996/3847, K.1997/2153, k.t.17.6.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.509

⁵⁸⁷ (*Societe du Journal 'L'Aurore, CE, 1948*) , Lachaume, **Grands Services Publics**, s.271

Kamu hizmetlerinde değişkinlik ve uyum idarenin sürekli bir değerlendirme, öngörme ve planlama yükümlülüğünü de içerir. Bu durum bir Danıştay kararında açıkça vurgulanmıştır.

"Kamu hizmetini görev olarak üstlenmiş bir kamu kurumunun, görev alanına giren hizmetleri, halkın yakın ve uzak gelecekteki gereksinimlerini, bu gereksinimleri gidermek için kamu yönetiminin gerek duyacağı araç, gereç ve personel durumunu önceden planlayarak gerekli önlemleri alması ve görevini yerine getirmesi asıl olup Bir kamu kurumunun hizmetlerinin artması, koşulların değişmesi karşısında kurumun dinamiğini günün koşullarına uydurması gerekirken şehrin büyüdüğü, nüfusun arttığı ve bu durumda hizmeti karşılama olanağı bulunmadığından bahisle kurum olanaklarını değiştirmeyip dondurarak hizmetlerin sürüncemede kalmasına sebep olmak, kamu görevi ve kamu yönetimi kavramı ile bağdaştırılmaz." ⁵⁸⁸

Kamu görevlileri de hizmete statü ilişkisiyle (kuralsal ilişkiyle) bağlıdırlar ve değişkinlik ilkesi gereği hizmet koşulları ve yerleri, yetkili makam tarafından kamu yararının daha iyi tatminini sağlamak için değiştirilebilir. Devlet Memurları Kanunu'nun yer değiştirmelere ilişkin 3. bölümünde bu husus açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, *"memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi"* başlıklı 76. maddesinin I. fıkrasında *"kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecesine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler"* hükmü yer almaktadır.

Kamu hizmetinin insan öğesinde istisnai nitelik taşıyan sözleşmeli personel kategorisinin varlık nedenini de değişkenlik ve uyum ilkesiyle açıklayabiliriz. Sözleşmeli personel, kamu hizmetinin insan unsurunun (atamayla) memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisnadır. Özel meslek bilgisine ihtiyaç duyulması ve memur tipi istihdamla karşılanamayacak olması gibi iki sınırlayıcı koşula bağlı olan sözleşmeli personel kurumuyla, kamu yönetiminde sınırlı da olsa bir esneklik yaratılması amaçlanmıştır. Sözleşmeli personel yöntemiyle personel yapısının, kamu hizmetlerinde istisnai ve geçici olarak görülen genişlemelere

⁵⁸⁸ DDDK, k.t.4.5.1977, E.1974/4855, K.1977/1704, **DD.**, sy.29-28, s.604, Aktaran Gözübüyük,Tan, **İdare Hukuku**, c.1,s.446

uydurulmasına çalışılmıştır. Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin B bendinde, sözleşmeli personel çalıştırılması koşulu olarak, “*kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere ... geçici işlerde ...*” denilerek bu ihtiyaç vurgulanmıştır.

4. Meccanilik, Karşılıksızlık, Parasızlık (Kamu hizmetinde bedel sorunu)

Meccani, Arapça bir sözcüktür. *Karşılıksızlık* ifade eder. Farsça “*bedava*” ve Farsça köklü “*parasız*” sözcükleri aynı anlamlarda kullanılır. *Bedel* sözcüğü de Arapça’dır ve *karşılık* anlamına gelir.

Meccani, karşılıksız, parasız ve bedava sözcükleri eşanlamlı kullanılabilir. Ancak, konun farklı kavramlarını karşılamak için sözcükler arasında anlam farklılaştırmalarına gitmemiz gerekir.

İdare hukuku yazınında kullanılmakla birlikte, yerleşik olmayışı nedeniyle meccanilik sözcüğünü bir yana bırakabiliriz. Bedava sözcüğü parasızlıkla eşanlamlı kullanılabilir. Bu durumda “karşılıksız” ve “parasız” sözcüklerini iki ayrı durumu ifade etmek için kullanabiliriz.

Hiçbir kamu hizmeti *karşılıksız* (bedelsiz) değildir.

Bireyler sunulan kamu hizmetlerinin maliyetine doğrudan veya dolaylı katılırlar. Ancak kamu hizmetlerinden yararlanırken para ödemeyebilirler. Kimi kamu hizmetleri, kullanım koşulu bakımından, *parasızdır*. Piyasada üretilip satılan mal ve hizmetlerin tüketimi doğrudan para ödenmesi koşuluna, yani satışa bağlı

olmakla birlikte kamusal mal ve hizmetlerin kullanımında para ödemek zorunlu olmayabilir. Kamusal mal ve hizmetlerin karşılığının alınmasının esas ve tek biçimi, kullanmanın para ödeme koşuluna bağlanması, yani satış değildir. Parasız kamu hizmetleri de karşılıksız değildir. Bunların karşılığı, muhtemelen kullanıcının da dahil olduğu kolektif vergi ödeyicileri kitlesi tarafından üstlenilmektedir.⁵⁸⁹ (Dolaylı vergi uygulaması, tüm bireyleri kapsayacak bir vergilendirmeye olanak tanımaktadır. Bu nedenle, “eğitim kamu hizmetinin kullanıcısı öğrenci vergi vermiyor, hizmetten karşılıksız yararlanıyor düşüncesi” doğru değildir.)

Kamu hizmetlerini bedelsiz hale getirmek mümkün değildir. Her değer üretimi yine değer kullanılmasına bağlıdır. Kamu hizmetlerinin maliyeti, kural olarak insanların üretimden aldıkları paylardan vergi ve benzeri adlarla, siyasal iktidar kullanılmayla toplanan miktarlarla (kamu gelirleriyle) karşılanır. Kimi zaman, kimi hizmetler için emek gücüne doğrudan el konulabilir (örneğin, olağanüstü hallerde, kimi kamu hizmetlerinin karşılanması için getirilen çalışma yükümlülükleri, köyün ortak ihtiyaçlarının karşılanması için öngörülen imece yöntemi). Bir diğer ifadeyle kamu hizmetlerinin karşılığı, nakdi veya ayni yine kamudan karşılanır. Bu anlamda kamu hizmetlerinin karşılıksız (bedelsiz) olduğunu iddia etmek saçmadır. “Meccanilik ilkesi”ni bu şekilde bir karşılıksızlık (bedelsizlik) olarak anlamlandırmak mümkün değildir.

Kanımca her hizmet paralı olabilir. Maliyecilerin, fiyatlandırmaya engel olarak gördükleri dışsallıklar ve girişin engellenmesi (para ödemeyenlerin dışlanabilmesi) sorunları yeni teknikler aracılığıyla hızla giderilmektedir. Ayrıca burada alınacak para iradi ödemeyi varsayan fiyattan farklı olarak, siyasal nitelikli zora dayalı

⁵⁸⁹ Vergiyle sıkı bağlantısı nedeniyle ki kamu hizmetlerinin parasızlığı ilkesi toplumsal zenginliğin, devlet aracılığıyla sosyal amaçlarla ikincil bölüşümüyle de ilgilidir. Toplumsal zenginliğin bir kısmı, piyasadan vergi olarak çekilerek, alım satım ilişkisi kuralları dışında, yani piyasa dışında, siyasal mekanizmaların devreye girmesiyle, tamamen sosyal amaçlarla olmasa da bunu da gözdardı edemeden yeniden bölüştürülür. Kamu hizmetleri bu yeniden bölüşümün somut edimleri olarak ortaya çıkar. Kamu hizmetlerinde parasızlık ilkesinden vazgeçmek bu ikincil bölüşümden de vazgeçmek anlamına gelir. Kamu hizmetlerinin

ödemeyi kabul eden bir paralılıktır. Karakola başvuran herkesten belli bir para alınmasını engelleyen hiçbir şey yoktur. Para ödeyemeyecek durumda olanlara, aynen adalet hizmetindeki adli yardım kurumunda veya eğitim hizmetindeki burs kurumunda olduğu gibi kamusal yardım sağlanması öngörülebilir. Maliye-iktisat tekniğine ilişkin tartışmalar bir yana, tüm hukukçularımızın ve Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği gibi, ilköğretim dışında, hiçbir kamu hizmeti için Anayasa'da "parasızlık" öngörülmemiştir.

Kamu hizmetlerinin paralı olması her zaman için satış anlamına gelmez. Özellikle kamu gücü kullanım dozunun yüksek olduğu klasik kamu hizmetlerinden para alınmasında bir satış durumu yoktur. Daha ziyade bir vergilendirme sözkonusudur. Bu nedenle kamu hizmetlerinin paralılığında, maliyecilerin-iktisatçıların tartıştığı fiyatlandırılabilme sorunu geçerli değildir. Anayasa Mahkemesi'nin ifadesiyle, "kamu hizmetleri giderlerini önceden kuruşturarak tutarını yurttaşlar arasında bölüştürmeye vergi tekniği elverişli değildir. Devlet gelir kaynakları araştırır. Bulunca vergi tekniğinin olanakları oranında o kaynağa yönelir ve vergilendirilmesine gider."⁵⁹⁰

Devlet için kamu hizmetlerinden yararlanma ilişkisi, önemli bir gelir kaynağı olabilir.

Devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği alanlarda üretilen hizmetlerin tümünden yararlanma parasız hale getirebilir mi? Ya da tamamı paralı yapılabilir mi? Her iki uç bakımından da tamlık (yüzde yüzlük) sınırına varmak mümkün değildir. Tüm kamu hizmetleri parasız hale getirilemez. Zira bu durumda vergilerin, mükelleflerin tahammül sınırını aşabilecek derecede yükselmesi sözkonusu olabilir. Ayrıca, bu konuda bir siyasal uzlaşma sağlandığı düşünülse bile, tüm hizmetlerde parasızlık, tüm kamu hizmetlerinin bizzat kamu örgütüne karşılandığı bir durumu

parasızlığını Anayasayla bireylere tanınan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkından, devlete yüklenen özgürleştirme görevinden bağımsız düşünmek de mümkün değildir.

⁵⁹⁰ AM., E.1973/32, K.1974/11, k.t.26.3.1974, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 94/13; **AMKD**, sy.12, s.111-141

gerektirir. Hizmetin yürütülmesine özel kişilerin katılması “paralı” ve dahası maliyet artı kârı gerektiren “fiyatlı” hizmeti zorunlu kılar. Tüm kamu hizmeti üretiminin, kamusal örgüt tarafından karşılanması ise, kamu hizmetinin zaten istisna kabul edildiği kapitalist sistemin sınırlarının aşılmasını gerektirir ki bu hipotez tezimiz bakımından tartışma dışıdır.

Tüm kamu hizmetlerinin zorunlu olarak karşılıklı (bedelli) olduğunu ancak kimi kamu hizmetlerinin “parasız” olabileceğini belirttik. Kamu hizmetinden yararlanmanın bir para ödenmesi koşuluna bağlandığı durumlarda alınacak paranın miktarı, niteliği ve alınma biçimi önemli tartışma konularıdır.

Açıklamaya çalıştığımız gibi, kamu hizmetleri için karşılıksızlık (bedelsizlik) mümkün değildir ve parasızlık ise genel bir ilke değildir.

Fransız yazınında da *gratuité* (parasızlık, ödemedi yararlanma) kamu hizmetinin ortak ilkelerinden sayılmamaktadır. “Sahte (*Faux*) İlke” olarak nitelendirilmektedir.⁵⁹¹

Parasızlığın kamu hizmetleri için ortak bir ilke olmasından bahsedilemez zira, sınai veya ticari kamu hizmetlerinin karşılığı doğrudan kullanıcılardan alınmaktadır, bunlar paralıdır. Bununla birlikte idari kamu hizmetleri için parasızlığın genel bir ilke olup olmadığı tartışılabilir. Fransız Devlet Şurası, “İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesinin, vatandaşların güvenliğinin devletçe sağlanacağı ve kamu harcamalarının vatandaşların ortak katılımıyla karşılanacağı ilkelerinin, belirli bir hizmetin, doğrudan hizmet karşılığı ve onunla orantılı olarak kullanıcılar tarafından ödenecek parayla (*redevance*) karşılanmasına engel oluşturmadığına” karar vererek

⁵⁹¹ Carbajo, **Droit des services publics**, s.61; Willemin, kamu hizmetinin, kullanıcı tarafından doğrudan ödenmesi de bir bedeli olduğunu vurgulamak için “kamu hizmetlerinin parasızlığı (*gratuité du service public*)” ifadesi yerine “kamu hizmetinin kullanıcılar için parasızlığı (*gratuité du service public à l’égard de l’usager*)” ifadesini önermektedir. Monique Willemin, Jean-Luc Pothet, “La gratuité du service public à l’égard de ses usagers”, **Sur les services publics**, ed. Marie-José Guédon, Paris, Economica, 1992, s.15

meccaniliğe herhangi bir anayasal değer tanınmasını engellemiştir.⁵⁹² Fransız Devlet Şurasının içtihadında, zorunlu olmayan idari kamu hizmetlerinin, yasal yetkilendirme olmasa da paralı sunulabileceği kabul edilmektedir; ancak bu durumda istenecek miktar sunulan hizmetin maliyetini aşamaz.⁵⁹³

Fransız hukukunda, 1946 Anayasası'nın girişinde yer alan ve 1958 Anayasası ile de benimsenin ilkeye göre “her derecede laik ve parasız eğitimin örgütlenmesi devletin ödevidir.”⁵⁹⁴ Nitekim, 17 Haziran 1881 tarihli, halen yürürlükte olan Yasada, ilköğretimin parasız olacağı düzenlenmiştir. Fransız Devlet Şurası bu hükmün kapsamını, anaokullarının da dahil olduğuna karar vererek genişletmiştir.⁵⁹⁵

Kamu hizmetinin parasız olacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına karşın, Fransız Devlet Şurası, zorunlu nitelikte olan ve sadece doğrudan doğruya kullanıcısına değil, tüm topluma yarar sağladığı kabul edilen hizmetlerin parasız sunulması gerektiğine karar vermektedir. Örneğin, bir bölgedeki yangınla mücadele hizmetleri için özel orman sahipleri örgütünden parasal katkı istenilmesi, bu hizmetten sadece özel orman sahiplerinin değil, tüm toplumun genel olarak yararlandığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur.⁵⁹⁶ Diğer bir kararda da otayol

⁵⁹² (*Syndicat national des transporteur aériens, CE, 1953*), Aktaran, Robert Herzog, “Le prix du service public”, **AJDA**, özel sayı, 1997, s.57; Fransız Anayasa Konseyi de, yolların ücretsiz olması ile dolaşım özgürlüğü arasında bir bağlantı olmadığına, üniversite harçlarının eğitimin parasızlığı kuralına aykırı bulunmadığına karar vermiştir.

⁵⁹³ Chapus, **Droit Administratif, c. I**, s.592

⁵⁹⁴ Bununla birlikte Fransız üniversitelerinde, kayıt sırasında harç alınmaktadır. Özellikle 1986 yılında öğrencilerin yoğun tepkilerini doğurmuş olan bu uygulamanın Anayasa'daki ilke ile çelişmesini gidermek için, üniversite özerkliği kuralına dayanılmakta, devletin doğrudan yerine getirmediği, özerk üniversitelerin yerine getirdiği bir hizmet olduğu savunulmaktadır. Fransız Devlet Şurası da uygulamayı hukuka uygun bulmaktadır. Bkz. Jean-Louis Lajoie, Jean Paul Tomasi, “Le principe de gratuité de l'enseignement public, Droits d'inscription et redevances universitaires”, **AJDA**, 1988, s.499

⁵⁹⁵ (*Commune de Quingey, CE, 1986*). Carbajo, **Droit des services publics**, s.61

⁵⁹⁶ (*d'Antin de Vaillac et autre, CE, 1988*), **Ibid.**, s.62

cretlerine jandarma hizmetlerinin bedelinin de yansıtılması hukuka aykırı bulunmuştur.⁵⁹⁷

Zorunlu idari kamu hizmetlerinin paralı sunulabilmesi ancak, hizmetin tekilleştirilip bireyselleştirilebildiği, genel toplumsal yarardan ziyade birel yarara yönelik olduğu durumlarda mümkün olabilecektir. Temsil salonlarında, normal genel güvenlik tedbirlerine ek olarak sağlanan tedbirler için belediyein salon işletmecilerinden para alması kararı hukuka aykırı görülmemiştir.⁵⁹⁸ Birelleştirildiği oranda kolluk hizmeti dahi fiyatlandırılabilir. Hava taşıtlarının havaalanına iniş kalkışı sırasındaki kılavuzluk hizmetlerinin paralı hale getirilmesi, bu hizmet, güvenlik ve düzen sağlama niteliğiyle temel kolluk faaliyetleri arasında yer almasına rağmen Fransız Devlet şurası tarafından, belirlenebilir birel kullanıcıların doğrudan faydasına yönelik olarak yapıldığı gerekçesiyle hukuka aykırı görülmemiştir.⁵⁹⁹

Fransa’da 1985 yılında bir yasal değişiklik yapılarak, spor etkinlikleri sırasında meydana gelen kazalarda yapılan kurtarma çalışmalarının (sıklıkla rastlanan dağcıların ve mağaracıların geçirdiği kazalarda kurtarma oldukça masraflı olmaktadır) masraflarının ilgililerden istenilmesine olanak tanınmıştır.⁶⁰⁰ Kanımca, yukarıda da açıklamaya çalıştığım gibi hizmetler arasında paralandırma bakımından teknik bir ayırım yapmak mümkün değildir.

⁵⁹⁷ (*Mme Wajs et Monnier, CE, 1996*). Trafik kazasında yaralanan kişiden itfaiyeciler tarafından hastaneye ulaştırılması hizmetinin bedelinin istenmesi kararı, bunun itfaiyenin acil kurtarma görevi içinde sayılarak iptal edilmiştir (*Ville de Versailles, CE, 1984*). Aktaran, Chapus, **Droit Administratif, c. I**, s.593

⁵⁹⁸ (*Societe Ciné Lorrain, CE, 1949*), Herzog, “Le prix du service public”, s.59

⁵⁹⁹ (*Syndicat national des transporteur aériens c. Ministre chargé des Transports, CE, 1988*), Kararın değerlendirmesi bkz. Yves Gaudemet, “Note de jurisprudence: Sur la gratuité des services publics administratifs”, **RDP**, 1989, s.1465; Gaudemet, ancak istisnai, olağandış ek güvenlik hizmetleri için para istenebileceğini, olaydaki havaalanı iniş-kalkış kılavuzluk hizmetinin, bu nitelikte olmadığını, aksine hava güvenliği ve kolluğunun asli parçası olduğunu savunmaktadır.

⁶⁰⁰ Chapus, **Droit Administratif, c. I**, s.591

Hukuk sistemimizde kamu hizmetinden yararlanmanın bir karşılığı bulunduğu ve paralı “olabileceği” Anayasa’nın vergi ödevine ilişkin 73. maddesinden anlaşılmaktadır.

Kamu hizmetlerinin bedelinin vatandaşlar tarafından vergilerle karşılanacağı açıkça düzenlenmiştir. 73. maddeye göre, “*herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.*” Yani kamu hizmetlerinin bedeli tüm toplumca karşılanacaktır. Kamu hizmetleri karşılıksız değildir. Kamu hizmetinden yararlanmanın paralı olabileceği de aynı maddenin III. fıkrasında düzenlenmiştir: “*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*” Harç, genel ve soyut mali yükümlülüğten farklı olarak, belirli bir hizmetten faydalanmaya bağlı bir mali yükümlülüktür. Buna göre, kamu hizmetlerinden yararlanma, kanunla, belirlenmiş bir parayı ödeme koşuluna bağlanabilir.

Bu genel hükümler dışında Anayasa’da yüksek öğretim kamu hizmetinin paralı olabilmesine olanak tanıyan bir düzenleme de bulunmaktadır. Yükseköğretim kamu hizmetleri kullanıcılarından bedel alınabileceği Anayasa’nın 130. maddesinin IX. fıkrasında düzenlenmiştir. “*... yükseköğretime giriş ... ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler .. kanunla düzenlenir.*”

Anayasa’nın “*eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi*” başlıklı 42. maddesinin IV. fıkrasında yer alan, “*ilköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır*” kuralı bir kamu hizmeti için parasızlığı öngören tek hükümdür.

Anayasa Mahkemesi, aşağıda aktaracağımız kararında karşılıksızlıktan kâr içermeyen karşılığa uzanan bir yelpazeyi kapsadığını kabul ettiğimiz parasızlık (meccanilik) ilkesini, “*salt ekonomik nitelikte olmayan kamu işleri*” için “*Anayasa’nın temel ilkelerinden*” kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetleri arasında bir ayırım yapmakta, iktisadi nitelikte olmayan temel hizmetlerde, ekonomik alan dışında kaldığı için, kazanç

sağlama amacı güdüldüğünü Anayasa'nın sosyal devlet ilkesine aykırı görmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kurgusu, bizim ilk bölümde, piyasa kurallarından belirli oranda bağışık kılınmış alanlar olarak kamu hizmeti yaklaşımımıza bir örnek oluşturmaktadır. Kararda, Anayasa'nın öngördüğü sistem çerçevesinde, eğitim toplumsal ihtiyacının karşılanması, gerek doğrudan kamu örgütlenmesi tarafından yerine getirildiğinde gerek özel kişiler tarafından yerine getirildiğinde piyasa kurallarından, kâr amaç olamayacağına göre neredeyse tamamen, bağışık kılınarak kamu hizmeti alanına dönüştüğü kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 12.1.1971 tarihli söz konusu kararında, özel hukuk gerçek tüzel kişileri tarafından yüksek öğretim kurumları açılabilmesini düzenleyen yasa hükmünü iptal etmiştir. Kararda, devletin iktisadi nitelikte olmayan temel görevleri/hizmetleri diğer görev ve hizmetlerden ayrılarak farklı rejime tabi kılınmıştır.

“Anayasa'nın 50. maddesinde, halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlamanın Devlet için en başta gelen ödevlerden olduğu açıklanmıştır. Öğretim ve eğitim Devletin en önemli ödevlerinden sayılınca bu konuda devlete yardımcı olarak özel kesimce açılacak ve işletilecek kurumların kazanç amacı güden kurumlar olmaması zorunlu olarak ortaya çıkar; Devletin başta gelen ve salt ekonomik alan dışında bulunan bir ödevi için yardımcı olmak üzere açılacak ve işletilecek bir kurumun zarardan korunmak düşüncesiyle yetinmeyip kazanç amacı gütmesi, sosyal devlet ilkesiyle bağdaştırılamaz ve böyle bir duruma izin veren hiçbir kural, Anayasada yer almış değildir. Gerçekten salt ekonomik nitelikte olmayan kamu işlerinin Devletçe ve Devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi, Anayasa'nın temel ilkelerindendir.”⁶⁰¹

Buna göre, devletin iktisadi nitelikte olmayan temel görevleri/hizmetleri, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, “*devletçe ve devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi*” gereken hizmetlerdir. Buradan bir “minimum (temel) kamu hizmetleri anlayışı” çıkarılabilir. Özel kesimin bu hizmetlerin yerine getirilmesine katılımı ancak ticari nitelik taşımayan ve kazanç amacı gütmeyen örgütlenmeler aracılığıyla mümkün olabilecektir. Özel kesim için kâr sağlama varlık

⁶⁰¹ AM., E.1969/31, K.1971/3, k.t.12.1.1971, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 83/1; **AMKD**, sy.9, s.134-139

nedeni olduğuna göre, kârı farklı hukuki biçimlere büründürme olanağı bulunmadığı sürece bu alanlar öncelikli olarak kamusal örgütün faaliyet alanları olarak kalacaktır.

Kararın bir diğer önemli yanı da karşılıksızlıktan kâr içermeyen karşılığa uzanan bir yelpazeyi kapsadığını kabul ettiğimiz meccanilik ilkesinin “*salt ekonomik nitelikte olmayan kamu işleri*” için “*Anayasa’nın temel ilkelerinden*” kabul edilmiş olmasıdır. Bu gibi hizmetlerde, yararlanıcılardan bir karşılık alınması durumunda, bu karşılık kârı içermeyecektir. Kararda bahsedilen “devlet kaynakları” kamusal finansmanı ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımında kamu hizmetlerinin “paralı (bedelli)” olması “kâr sağlama amacı”ndan farklı olarak değerlendirilmektedir.

Yüksek öğretim kamu hizmetine ilişkin bir diğer kararında, “yüksek öğretim paralıdır” kuralının iptali istemini reddetmiştir. Yukarıda aktardığımız, kamu hizmetleri arasında ayrıma giden ve iktisadi nitelikte olmayan kamu hizmetleri için kâr amacını dışlayarak kamusal finansmanı zorunlu kılan yaklaşımı geliştirdiği 12.1.1971 tarihli kararından sonra Anayasa Mahkemesi’nin içtihadı, “*paralı kamu hizmeti*” anlayışı çerçevesinde gelişmiş, temel kamu hizmetlerinin kâr sağlama amacıyla kullanılamayacağı hassasiyeti terk edilerek ticarileşmeye hukuki olanak sağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 26.3.1974 tarihli kararında, “belli başlı kamu hizmetleri” içinde yer alan yüksek öğretim hizmetinden yararlananlardan karşılık alınmasının Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş; 14.6.1973 tarih ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nun 38. maddesinin I. fıkrasında yer alan “*yüksek öğretim paralıdır*” kuralının iptal istemini reddetmiştir. Ayrıca kararda Anayasal görev eşittir kamu hizmeti denklemi kullanılmıştır.

“Yüksek öğretimin parasız olacağı yolunda bir kural ne 50. maddede ne de Anayasa’nın başka bir maddesinde yer almış değildir. ... Bu nedenle yüksek öğretim paralı da, parasız da olabilecektir ve paralı da, parasız da olması Anayasa’ya aykırı düşmeyecektir.

Anayasa’nın 50. maddesinin birinci fıkrası halkın öğrenim ve eğitim gereksinimlerini sağlamayı Devletin başta gelen ödevleri arasında sokmuştur. Başka bir deyimle halkın öğrenim ve eğitim gereksinimlerini sağlama belli

başlı kamu hizmetlerinden biri olmaktadır. Hizmetin bu niteliği karşısında Devletin vergiler dışında, hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan ayrıca, harç, ücret, gider ve benzeri adlar altında herhangi bir karşılık isteyebilip isteyemeyeceği sorunu kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Davacı da bu sorun üzerinde durmakta ve bir kamu hizmeti için vergi dışında herhangi bir para istenemeyeceği görüşünü ileri sürmektedir. Şu duruma göre konunun Anayasa'nın vergi ödenmesine ilişkin değişik 61. maddesi yönünden de ele alınmasında zorunluluk vardır.

61. madde vergi ödevi ile kişinin ilişkisini düzenlemektedir. Maddenin getirdiği ilke herkesi, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü kılmış, ancak yükümü kamu giderlerinin karşılanması koşuluna bağlamıştır. Bu, kamu giderleri gerektirmedikçe kişiden vergi alınmaması ve vergi adı altında toplanan paraların kamu giderleri dışında harcanamaması demektir. Görülüyor ki vergi ödevinde kişinin belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanma karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması sözkonusudur.

Devletçe yürütülen bir kamu hizmetinin özelliği gerektiriyorsa, bu hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan ayrıca bir karşılık istenmesine hukukça engel bulunup bulunmadığı üzerinde durulmak gerekecektir.

Kamu hizmetleri giderlerini önceden kuşuşturarak tutarını yurttaşlar arasında bölüştürmeye vergi tekniği elverişli değildir. Devlet gelir kaynakları araştırır. Bulunca vergi tekniğinin olanakları oranında o kaynağa yönelir ve vergilendirilmesine gider. Onun içindir ki verginin her kamu hizmetinin tüm giderlerini karşılayacağı ve başka akçalı desteklere yer ve gerek kalmayacağı düşünülemez. Şu durum, 61. maddedeki anlatım ve 'vergi' kavramı yurttaşın vergi vermesinin belirli bir kamu hizmetinden doğrudan doğruya yararlanmasına karşılık ayrıca bir ücret ödemesine engel teşkil edemeyeceği gerçeğini ortaya koyar. Kaldı ki öğrenim çağındaki kimselerin Devlete, vasıtalı vergiler dışında doğrudan doğruya bir vergi ödemeleri de pek dar istisnalar bir yana, sözkonusu değildir. Yurttaşlar arasında belirli bir kamu hizmetine karşılık vergi ödeyenlerden ücret alınmaması, ödemeyenlerden alınması gibi iki ve değişik bir uygulamaya da yol açacak böyle bir görüşün benimsenmesine işin bu yönü de olanak vermez. Burada Devletin yapmakla yükümlü bulunduğu bir kamu hizmeti için o hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan bir ücret isteyip isteyemeyeceği sorusunu da karşılamak gerekir. Ancak böyle bir soruyu genel, kapsamlı, değişmez bir cevaba bağlamak olanak dışıdır. Çünkü kimi kamu hizmetleri vardır ki, onlar dolayısıyla para alınması düşünülemez bile. Sözgelimi karakola işi düşen bir kişiden kolluk hizmeti karşılığı olarak bir para istenmesi hiçbir zaman sözkonusu olamaz. Buna karşılık adalet hizmeti ele alınınca görülecek olan şudur: hizmetin sırf varoluşu nedeniyle tüm yurttaşların onun manevi varlığından yararlanmakta ve vergi yolu ile bu hizmetin giderlerine katılmaktadırlar. Ancak hizmetten belirli bir kimsenin doğrudan yararlanması sözkonusu olduğunda o kişinin ayrıca mahkeme giderleri, harç gibi adlar altında özel bir karşılık ödemesi gerekmektedir. Yatılı öğrenim kurumlarında öteden beri ücret alma yöntemi geçerlidir. Varlıksız olanlar, bu hizmetten belirli yöntemlere uyarak parasız yararlanırlar. Kimi karayollarından, köprülerden geçiş ücretine bağlıdır. Demir, deniz, havayollarından ancak para ödenilerek yararlanılabilir. Hastaneler genellikle bu durumdadır. Kişilerin su,

elektrik, havagazı gibi gereksinimlerin karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir. Bu gereksinimlerin parasız giderilmesi düşünülemez bile. Bu yolda daha birçok örnekler verilebilir.

Öğrenim sağlanması Devletin sosyal bir ödevidir. Anayasa'nın 53. maddesi, Devleti, böyle bir ödevi ancak ekonomik gelişme ve mali kaynakların yeterliği ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü tutmuş; daha ilerisini beklememiş ve istememiştir. Böyle olması da doğal ve olağandır. Çünkü ekonomik gelişme düzeyine ve mali kaynakların yeterliliğine dayanan ekonomik ve sosyal ödevler, bu koşullar var olmadıkça gerçekleştirilemezler. Ülkedeki nüfus patlayışı ve buna ayak uyduramayan ekonomik gelişme oran ve kapsamı bir yandan yüksek öğrenim istekleri sayısını artırırken öte yandan yüksek öğrenim kurumlarının ihtiyacı gereği gibi karşılayacak aşama ve niteliğe ulaştırılması imkânını vermemektedir. Bugün içinde bulunulan durum 'parasız yüksek öğrenim' yönteminin artık yürüyemeyeceğini ve ihtiyaçla ihtiyacı karşılama olanakları arasındaki uyumsuzluğun giderek daha da artacağını ortaya koymuştur. Onun için böyle bir durumda yüksek öğrenimden doğrudan doğruya yararlananlardan para alınmasının Anayasa'ya aykırı olmamakla birlikte işin gereklerine de uygun düştüğü ortadadır.

Yüksek öğrenimin paralı olması bir bakıma, akçalı kaynakları elverişsiz bir ülkede sosyal Devlet ilkesinin bir alan ve oranda bir çeşit uygulanaşı da sayılabilir. Çünkü böylece varlıklı öğrencilerden alınacak paralar varlıksız, başarılı öğrencilere yardım olanaklarını artıracak ve Devletin yanbaşıda varlıklı kişilerin de bu yardımda payları olacaktır.

Bu nedenlerle 38. maddenin birinci fıkrasındaki 'Yüksek öğrenim paralıdır.' Kuralı, Anayasa'ya aykırı değildir.”⁶⁰²

Karardan çıkan temel sonuca göre, devletçe yerine getirilen kamu hizmetlerinin finansmanı genel olarak vergilerle karşılanır, ancak devletçe yürütülen bir kamu hizmetinin özelliği gerektiriyorsa, bu hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan ayrıca bir karşılık istenmesine hukukça engel bulunmamaktadır. Kararda, doğrudan yararlananlardan istenilebilecek karşılığın, hizmetin maliyetini hangi oranda kapsayacağı, bu karşılığın yeni yatırımların maliyetini kapsayacak şekilde öngörülüp öngörülemeyeceği konusunda bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı mantık “ücret” ve “kâr” gibi ticariliği çağrıştıracak kavramlar kullanılmadığı sürece “paralı hizmetin” hukuka aykırı olmadığıdır. Nitekim “Yüksek öğrenim paralıdır” kuralını iptal etmeyen Anayasa

⁶⁰² AM., E.1973/32, K.1974/11, k.t.26.3.1974, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 94/13; **AMKD**, sy.12, s.111-141

Mahkemesi, 1750 sayılı Üniversite Kanunu'nun öğrencilerden ücret alınmasına ilişkin hükmünü iptal etmiştir.

“1750 sayılı Üniversite Kanunu'nun 72. maddesinde üniversitenin gelir kaynakları sayılırken (C) bendinde ‘Üniversite, Fakülte ve bunlara bağlı kurumlarca alınacak harç ve ücretler’ denilmek suretiyle öğrencilerden harç ve ücret alınacağı açıklanmıştır. Bu bendin ücret yönünden Anayasa’nın 50. maddesine aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmiştir. Harç yönüne gelince:

Belirli hizmetlerin gerektirdiği belirli bir işlem karşılığı alınan harçlar, üniversite eğitiminde sınavlara giriş, vize veya diploma verilmesi gibi kazanılan hakların saptanması ve benzeri işlemleri sağlama ereğiyle öngörölmüş mali yükümlölüklerdir. Anayasa’nın 61. maddesinde Devletin gelir kaynakları arasında (Harç)’a da yer verilmiştir (Harç)ın öğretideki niteliği ise, bazı kamu hizmetlerinden doğrudan doğruya yararlanan kişilerin bir mali yükümlölüğe bağlı tutulmalarıdır. Bu maddede sözü edilen (Harç) geliri de, bu nitelikte olması nedeniyle Anayasa’nın 61. maddesine uygundur.”⁶⁰³

Kararda doğrudan yararlananlardan istenilebilecek karşılığın, hizmetin maliyetini hangi oranda kapsayacağı konusunda bir değerlendirme bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin, kimi kamu hizmetlerinden elde edilecek gelirlerin özel kişilere satılması yöntemine, gelir ortaklığı senetlerine ilişkin kararında, kullanıcılarından alınacak bedel, piyasa fiyatına eşit tanımlanmıştır.

“... karayolları, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri vb, iktisadi şartlara göre oluşan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini, yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirlenen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç ve benzeri mali yükümlölüklerden de sayılmaz. Bu itibarla, bunların 'gelir ortaklığı senedi' yoluyla özel kişilere bırakılmasında Anayasa'nın 73. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”⁶⁰⁴

Örnek olarak verilen hizmetlerin tamamı, Anayasa Mahkemesi tarafından sınai veya ticari kamu hizmetleri olarak değerlendirilmiş olabilir. Bu nedenle, kârın temel

⁶⁰³ AM., E.1973/38, K.1975/23, k.t.11,14,25.2.1975, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 94/15; **AMKD**, sy.13, s.214-294

⁶⁰⁴ AM., E.1984/9, K.1985/4, k.t.26.6.1985, **AMKD**, sy.21, s.60; Karara ilişkin değerlendirme için bkz. Yıldızhan Yayla, “Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu)”, **Hukuk Araştırmaları**, Ocak-Nisan 1988, s.37; Turgut Tan, “Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine”**TİD**, sy.378, 1988, s.89

kamu hizmetlerinde amaç olamayacağına ilişkin içtihadıyla tutarsızlık bulunmadığı düşünülebilir. Ancak ulaşım, sağlık ve enerji alanlarındaki kamu hizmetlerinin kolaylıkla sınai ve ticari nitelikte sayılamayacağı itirazı yapılabileceği gibi, sınai veya ticari kamu hizmetlerinde kâr elde etmenin tek ve temel amaç olmadığı, elde edilebilecek kârın gene hizmetin geliştirilmesi için kullanılması gerektiği ve satılamayacağı da genel kabul gören görüştür. Ayrıca, dava konusu olayda, geliri satılan hizmet, boğazın iki yakası arasında ulaşımın köprü aracılığıyla sağlanması hizmeti, tam bir doğal ve siyasal tekeldir.

Sınai ve ticari nitelikteki kamu hizmetlerinde kullanıcılardan alınacak bedelin belirlenmesinde iktisadi maliyetin yanısıra kamu yararı da değerlendirilmektedir. Salt iktisadi maliyet tek ölçüt değildir. Örneğin idare, doğalgazın üreticilere satış fiyatını belirlerken piyasa koşullarını ve kamu yararını gözönüne almalıdır. EGO Genel Müdürlüğü, Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı'nın belirlediği tavan fiyatın düşük olduğu gerekçesiyle dava açmıştır. Danıştay bu iki unsur arasında denge kurulması gerektiğine karar vermiştir.

“Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı, şehirlerde konut, resmi daire, ticarethane tüketicilerine dağıtım kuruluşları tarafından doğalgaz satışında taban ve tavan satış fiyatlarını tesbit yetkisini, 3194 sayılı Yasada öngörüldüğü üzere, piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak ve kamu yararını sağlamak amacıyla kullanmak zorundadır.

... Aktarılan gelişmeler birarada değerlendirildiğinde, Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığının, dağıtım kuruluşlarının doğalgaz satış tavan ve taban fiyatlarını tesbit ederken; kendi ifadesiyle, dağıtım kuruluşlarının maliyetleri, yatırım ihtiyaçları, alternatif yakıt maliyetleri, BOTAS'ın ithalat şartlarına göre her üç ayda bir dolar bazında belirlediği satış fiyatının kur değişimleri ve işletme şartları nedeniyle yüklediği ek maliyetleri, sonuçta 3194 sayılı Yasada belirtildiği gibi piyasa ihtiyaçlarını araştırmadığı ve fiyat sınırlamasını bu verilerin değerlendirilmesine dayalı olarak öngörmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

... belirlemelerini herhangi bir araştırma, inceleme ve hesaplama dayandırmayan Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığının; 3194 sayılı Yasayla verilen yetkisini piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılmadığı anlaşılmaktadır.”⁶⁰⁵

⁶⁰⁵ AM., D8.D., E.1995/5447, K.1998/1162, k.t.16.3.1998, **DD.**, sy. 97, 1999, s.651-652

1982 Anayasası döneminde özel eğitim kurumlarının niteliğinin değerlendirildiği bir kararda, özel eğitimin ticari niteliği açık bir şekilde belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, özel öğretim kurumlarına belli oranda ücretsiz öğrenci okutmaları zorunluluğu getiren düzenlemeye ilişkin verdiği 12.4.1990 tarihli kararında, kamu hizmetine ilişkin birçok nokta değerlendirilmiştir.

“Devlet eğitim kurumları dışında kalan tüm eğitim kurumları özel eğitim kurumudur. Özel eğitim kurumları Milli Eğitim Bakanlığı'nın gözetim ve denetimi altında faaliyette bulunmaktadır. Bu kurumların devletin görevleri arasında yer alan, vatandaşa eğitim-öğretim verme konusundaki işlevi; ticari yanına karşın, bir kamu hizmeti sayılmaktadır.”⁶⁰⁶

Anayasa Mahkemesi devletin görevleri ile kamu hizmetleri arasında bağlantı kurmayı bu kararda da sürdürmüştür. Eğitim-öğretim devletin görevleri arasında sayıldığından bir kamu hizmetidir. Bu görevlerin yerine getirilmesinde, devlete bir tekel kurma yükümlülüğü veya hakkı verilmemişse, özel kişilerin de işlev yüklenmesi mümkündür. Özel kesimin bu işlevi ticari nitelikte olsa bile yerine getirilmeye çalışan faaliyetin niteliği değişmez ve kamu hizmeti olarak kalmayı sürdürür. Anayasa Mahkemesi kararında örtük olarak yer alan noktalara baktığımızda ilginç sonuçlara varabiliriz. Buna göre, kamu hizmetleri ile kâr sağlama amacı bağdaşabilir. Ancak devletin denetleme işlevi kâr sağlama amacının muhtemel sakıncalarına karşı düzeltici işlevi görecektir. Kararda yer alan ifadeyle özel eğitim-öğretim kurumlarının “*ticari yanı*” bulunmaktadır. Ticaret kâr sağlama amacıyla yapılır. Amaç, hiçbir zaman içerik (konu) değil; sonundaki getirisidir. Para getireceği için para yatırılır. (Para-meta-para [P-M-P] döngüsü.) Bu amaçla gerçekleştirilen faaliyette içeriği güvenceye almak için devletin denetimi devreye girecektir. Bu döngünün ezici mantığı karşısında denetimin ne kadar etkili olabileceği ayrı bir inceleme konusudur. Karardan çıkan saptamanın konumuz açısından önemi gerçekçiliğidir. Eğitim-öğretim gibi bir faaliyet de olsa bu hizmetin sunulmasında özel kesimin devreye girmesi mutlaka ticari nitelik taşıyacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin yanılması ya da iyimserliği kamu hizmetlerinin ticari amaçlı olarak

⁶⁰⁶ AM., E.1990/4, K.1990/6, k.t.12.4.1990, **AMKD**, sy.26, s.131

özel kişilerce görülmeleri durumunda da bu niteliklerini kaybetmeyeceklerinin düşünümesidir. Devletin denetimini bu sonuç için yeterli sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu saptamasıyla, öğretilerdeki ortak tanımda yer alan “yakın gözetim ve denetimi altında özel kişilerce yerine getirilen hizmetler” hipotezini uygulamıştır.

Eğitim kamu hizmetleri alanında faaliyet gösteren özel girişimlerin ticari nitelik taşıdığı Danıştay'ın bir kararında da kabul edilmiştir. Danıştay, özel okul işletmeciliği faaliyetinin, iktisadi işletme niteliği taşıdığından katma değer vergisine tabi olduğuna karar vermiştir.

“...eğitim ve öğretim hizmeti yapmak için özel okul işleten vakfın bu faaliyeti, iktisadi işletme niteliği taşıdığından elde edilen okul ücretlerinin, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun (katma değer vergisinin konusunu oluşturan işlemleri sayan) 1 inci maddesinin 3 (g) fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

Öte yandan vakfın, vakıf senedinde öngörülen amacına uygun faaliyette bulunması faaliyetin ticari ve iktisadi niteliğini ortadan kaldırmayacağından vakfın bu faaliyet nedeniyle yaptığı hizmetlerin vergi dışı bırakılmasını gerektirmez.

... Bu durumda, vakfın ortaöğretim düzeyinde gerçekleştirdiği özel okul işletmeciliği faaliyetinin, hem iktisadi bir faaliyet olmasından dolayı 3065 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 3 (g) fıkrası kapsamına girmesi nedeniyle katma değer vergisine tabi bulunduğu, hem de Bakanlar Kurulu kararı ile vergi muafiyeti tanınmış olsa dahi sözkonusu özel okul işletmeciliği faaliyetinin, ilim ve fenni yayma ve özendirme niteliğinde bir faaliyet olmadığından aynı Kanunun 17 inci maddesinin 1 (a) fıkrası kapsamında bulunmadığı sonucuna ulaşıldığından, tahakkukun kaldırılması yolundaki ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.”⁶⁰⁷

Dosyaya görüş veren Danıştay Savcısı da özel okul işletmeciliğini “sıradan bir ticari faaliyet” olarak nitelemektedir.

“İlmi ve fenni yaymak ve teşvik etmek hususuna gelince; özel okul işletmeciliği öteden beri yurdumuzda yerli ve yabancı birçok gerçek ve tüzel kişilerce yapılagelen ve hiçbir özelliği bulunmayan sıradan ticari amaçlı bir hizmet işletmeciliği türüdür.”

Kamu hizmeti, bedel, fiyat, satılabilirlik ve ticarilik konularında Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımını en iyi yansıtan karar "sağlık işletmelerine" ilişkin

⁶⁰⁷ D1.D., E.1996/93, K.1997/200, k.t.2.5.1997, **DD.**, sy. 94, 1998, s.193-195

kararıdır. Anayasa Mahkemesi, sağlık işletmelerinin zorunlu olarak kâr amacı güdeceğini belirtmektedir. Ticarileşmenin tüm hukuki olanakları kabul edilmiş ve kamu hizmetleri kamusal finansman bağlantısı koparılmıştır.

“‘Mal ya da hizmet üretmek amacıyla kurulmuş, doğal kaynaklar, emek ve sermaye gibi üretim etmenlerini bir örgüt ve yönetim gücü ile biraraya getiren ekonomik amaçlı kuruluşlar’ olarak tanımlanan işletme biçimine dönüştürülecek sağlık kuruluşlarının satmak için üretimde bulunması, ayrıca kurucu sahiplerinden bağımsız bir varlığı, muhasebesi ve atanan yönetim merkezine sahip olması gerekir. Yatırım ve personel ücretleri dışındaki giderleri için devlet desteği olmaksızın kendilerinin gelir elde ederek çeşitli giderler yapması, kâr amacını gündeme getirmektedir. Bu amaca ulaşmak için sağlık hizmetlerinin maliyetinin artırılması kaçınılmazdır. ...

Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin, sosyal devlet olmanın gereği, parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiştir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabul edilmektedir. Böylece, bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenecek ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulanmaya konulmalıdır.”⁶⁰⁸

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararıyla, sağlık kamu hizmeti örgütlenmesinin, işletmeye dönüştürülmesinin Anayasa’ya uygun olduğu kabul edilmiştir.

Kararın gerekçesinde önemli bir çelişki bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bir yandan sağlık işletmelerinin kamu hizmetlerini genel idare esaslarına göre yürüttüğünü kabul etmekte; bir yandan da bunları “*mal ya da hizmet üretmek amacıyla kurulmuş, doğal kaynaklar, emek ve sermaye gibi üretim etmenlerini bir örgüt ve yönetim gücü ile biraraya getiren ekonomik amaçlı kuruluşlar*” olarak tanımlamaktadır. Bu iki hususun bağdaşırılığı tartışmalıdır.

Kararda önemli bir çelişki de ücret ve ödeme gücü kavramlarının birlikte kullanılmasıdır. Mahkeme kullanıcılardan “*hizmet karşılığı ödeme güçlerine göre ücret alınabileceğinden*” söz etmektedir. Ödeme gücü, işletmenin ve piyasanın değil siyasal alanın, vergilendirmenin bir kavramıdır. Piyasada işletmeler tarafından

⁶⁰⁸ AM., E.1987/16, K.1988/8, k.t.19.4.1988, **AMKD**, sy.24, s.115

üretilen ve satılan mallar müşterilerin ödeme gücüne göre oluşan bir ücretten satılmazlar.

Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, kamu hizmetlerinin bedellerinin karşılanmasında ilke kamusal finansmandır.

Kamusal finansmanın, vergi, resim, harç ve hatta bedeni yükümlülük gibi çeşitli biçimler alması mümkündür.

Anayasa Mahkemesi, 442 sayılı Köy Kanunu'nun 12. ve 14. maddelerinde yer alan “köylünün mecburi ve isteğe bağlı işleri” düzenlemesinin, köylüye bedeni çalışma yükümlülüğü getirdiği için Anayasa'nın 42. maddesindeki angarya yasağının ihlal ettiği iddiasını yerinde görmediği 5.1.1965 tarihli kararında vatandaşlara getirilen çalışma yükümlülüğünü kamu hizmetlerinin kamusal finansmanı niteliğinde görmüştür:

“... Köyün zorunlu görevleri köyün yerel nitelik taşıyan ortak ihtiyaçlarını gidermeye yarayan kamu hizmetleridir. Bu kamu hizmetlerinin gerektirdiği giderlerin, vergi, resim ve harçlarla köylüden toplanacak gelirlerle karşılanması zorunludur. Köylerimizin ekonomik durumu ve köylümüzün ödeme gücü bu giderleri karşılayacak gelirleri sağlamaya yetmeyeceğinden bu işlerin köylü tarafından çalışarak yapılması köylü yurttaşların bugün içinde bulundukları koşullara uygun bulunmaktadır. Yerel nitelik taşıyan hizmetlerin giderlerinin o yerde oturan kişi tarafından karşılanması maliye biliminin kabul ettiği bir ilkedir. Bu hizmetlerinin giderlerinin tümünü genel kamu gelirleriyle karşılamak ve doğrudan doğruya Devlete yüklemek mümkün olmayınca yerel ödeme gücü de gözönüne alınarak o yerde oturanlara bir çalışma yükümü yüklemek, kamuoyunun zorunlu çalışma saymayacağı bir vatan hizmeti niteliğini alır.”⁶⁰⁹

Kararda yerel kamu hizmetlerinin, yerel kamusal gelirle karşılanması genel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Yerel kamu hizmetleri giderlerinin tümü genel kamu gelirleriyle karşılanamayınca, hizmetin yöneldiği yerellikte oturanlara ödeme güçleri oranında kamusal mali ve hatta bedeni yükümlülük getirilebileceği kabul edilmiştir.

⁶⁰⁹ AM., E.1963/198, K.1965/1, k.t.5.1.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 75/3-b, **AMKD**, sy.3, s.3-15

Kamu hizmetinin finansmanda döner sermaye işletmelerinin kullanılması kamu hizmetlerinin ticarileştirilmesinin en yaygın araçlarından biridir. Kimi hizmetler döner sermaye işletmeleri aracılığıyla verilmeye, kâr elde etme, işletmenin temel amacı haline gelmektedir. Ayrıca, işletmeden elde edilecek kârın belli oranda kamu personeli arasında dağıtılacak olması da kamu hizmeti etiğinin zayıflamasının önemli bir nedenidir.

Danıştay, Üniversitelere bağlı olarak faaliyet gösteren döner sermaye işletmelerinin, iktisadi işletme olarak nitelendirip kurumlar vergisi alınmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Kararda, kamu kurumlarındaki döner sermaye uygulamasının hukuki yapısına ilişkin önemli saptamalar yapılmıştır. Döner sermaye işletmeleri, kamu hizmeti finansmanının bir biçimi olarak tanımlanmıştır.

“Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin yürütmekle yükümlü oldukları bazı kamu hizmetinin finansmanında ilgili bütçeden ayrılacak sermayenin işletilmesiyle elde edilecek gelirin kullanılmasının hizmet gereklerine daha uygun görülmesi halinde, yasaya ve yasanın bel irlediği esaslar çerçevesinde ve yasanın verdiği yetkiye dayanılarak döner sermaye işletmeleri kurulabilecektir.

... 2547 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde yüksek öğretim kurum ve kuruluşlarının gelir kaynakları arasında döner sermaye işletmelerinden elde edilecek karlara da yer verilmiştir.

... Bu düzenlemeler uyarınca döner sermaye işletmelerinin gelirlerinin bir bölümü ilgili birimin araç gereç teminine ayrılacak, bir bölümü eğitim elemanlarına ve personele dağıtılacaktır. İşletmenin elde ettiği gelirde n ilgili yüksek öğretim birimine de pay verilecektir. Eğer işletmenin bir kısım geliri kalmışsa bu miktar ertesi yılın döner sermaye gelirine eklenecektir. Bu itibarla elde edilen gelirin tamamı belli yerlere ayrılmış olup, bunlar sonuçta ya kanun ve yönetmelikleri uyarınca doğrudan kamu hizmeti yapan yerlere verilmek ya da gelirin elde edilmesine katkıda bulunanlara ödenmek zorundadır. Kanuni zorunluluk olarak yapılan bu ödemelerin işletmenin gideri olarak kabulü gerekir. Bu nedenle ortada öz sermaye farkına neden olacak, başka bir ifadeyle vergilendirilecek gelir kalmamaktadır.”⁶¹⁰

Günümüzde kamu hizmetlerinin bedelli olması anlayışından, ücretli olması anlayışına geçilmiştir. Kamu hizmetinin bedelinin tahsil edilmesi anlayışından kamu

⁶¹⁰ D4.D., E.1996/2107, K.1996/5732, k.t.19.12.1996, DD., sy. 96, 1998, s.170-173; Döner sermayenin aynı tanımının kullanıldığı bir başka karar: D10.D., E.1995/3001, K.1997/2469, k.t.18.6.1997, DD., sy. 95, 1998, s.595-597

hizmetinin satılabilir olması anlayışına geçilince, kamu hizmetinin iyi bir gelir kaynağı olduğu görülmüştür. Artık “kamu hizmetlerinin kullanıcıları”ndan değil, kamu hizmetinin “müşterisi”nden söz edilmektedir. Kuralsal ilişkiye tabi olmakla ve hizmeti sunan karşısında birtakım hukuki olanaklara sahip olmakla, akdi alım-satım ilişkisinin müşterisinden farklılaşan kamu hizmeti kullanıcısı bu özelliğini yitirmektedir.⁶¹¹ Tarihsel olarak “*idare edilen*”den, modern devletin kurulması ve kamu hizmetleri anlayışıyla “kamu hizmetlerinin kullanıcısı”na geçilmiştir. Günümüzdeki gelişme ise neo-liberal politikalarla birlikte “müşterileşme”dir.⁶¹²

Devletin yükümlülüğü olarak hizmet sunumu ve bunun karşısında hizmetin kullanıcıları ilişkisi, alım satımın sözleşme ilişkisine dönüşmektedir. Hizmet sunumunun alım satım ilişkisi şeklinde yeniden kurgulanması, kamusal faaliyetlere olabildiğince fazla oranda ticari ilkeleri uygulama ve böylelikle kamusal faaliyetin özgünlüğünü yok ederek, nihai olarak bu faaliyetleri piyasaya devretme amacıyla önemli bir yer tutmaktadır.

Kamu hizmetlerinde ticarileşme, işletmecî yöntemlerin uygulanması; kamu hizmeti alanlarında, asıl olarak ticaretin hukuku olan, rekabet hukukunun ve tüketici hukukunun uygulanması; Avrupa Birliği sisteminin kamu kesiminde liberalleşmeyi zorunlu kılması sözkonusu gelişmeyi etkileyen unsurlardır.⁶¹³

Kamu hizmetlerinin satılması uygulaması, hizmetin birimleştirilerek maliyetinin kullananlardan alınması yönteminin çok ötesine taşınmakta, doğrudan

⁶¹¹ Kamu hizmeti kullanıcısına uygulanan ve özel hukuktan farklı olarak kamu hukuku ile belirginleşen bu hukuki rejimin, günümüz idare hukuku kitaplarında hemen hemen aynen tekrarlanan klasik anlatımı için bkz. Leon Duguit, “De la situation des particuliers à l’égard des services publics”, **RDP**, 1907, s.411; Özel hukuk, kamu hukuku ilişkisinin kullanıcı, müşteri ilişkisinde yeri için bkz. Jean-Pierre Bizeau, “Usager ou clients du service public? Le discours de l’administration”, **RA**, sy.296, 1997, s.209

⁶¹² Bu gelişme için bkz. Jean-Pierre Duprat, “La notion d’usager réflexions sur trois visages d’un partenaire: l’administré, l’usager et le client”, **Les administrations économique et financières et leurs usagers**, Paris, Ministère de l’économie et des Finances, 1997, s.17

⁶¹³ Bkz. Christian Barbier, “L’usager est-il devenu le client du service public?”, **La Semaine Juridique**, sy.3/3816, 1993, s.31

kâr ve gelir elde etme uygulamasına dönüşmektedir. Kamu hizmetlerinde içkin olan kamu gücü paraya çevrilmektedir. Bu uygulama sadece az çok iktisadi nitelik taşıyan kamu hizmetlerini değil, kamu gücü kullanılma derecesi çokça olan egemenliğe değgin kamu hizmetlerini de kapsamakta, bunlar da fiyatlandırılarak kullanıcılara satılmaktadır.

Kamu hizmetlerinin kamusal/siyasi niteliği, yararlanma ve bedel ödeme ilişkisinin piyasadaki anlamda iradi bir alım satım ilişkisi olarak kurulmasını engeller. Kamu hizmetlerine ilişkin alım satım aslında gerçek bir satış değildir. Genelde doğal ve siyasi tekeller sözkonusudur; alıcı için karşı tarafı seçiş imkânsızlığı, bedel ve koşullar üzerinde herhangi bir belirleyiciliğin olamaması ve kuramsal da olsa eşitliğin yokluğu. Bu nedenlerle kamu hizmetlerine ilişkin satış bir nevi vergi toplama niteliği kazanmaktadır.

Bütçeden kamu hizmetlerine ayrılan payın azalması kamu hizmetlerinin yoksullaşmasına neden olmakta bunun önüne geçebilmek için çare olarak kamu hizmetlerinin satışı öngörülmektedir.⁶¹⁴ Son dönemlerde pek çok kamu hizmetinde

⁶¹⁴ “Doktor Sami Ulus Çocuk Sağlığı Ve Hastalıkları Eğitim Ve Araştırma Hastanesi Pediatrik Nefroloji Kliniği Hemodiyaliz Merkezinin Açılış Töreninde 24.1.2001 tarihinde Yaptığı Konuşma”da Sağlık Bakanı, döner sermaye uygulaması ve sağlık hizmetinin ticarileştirilmesi konusunda yaygın anlayışı tüm açıklığıyla yansıtmaktadır: “Ben, 4 trilyon döner sermaye gelirini bu Hastane için yetersiz buluyorum. Bunu örnekleyerek veriyorum. Evet, bir genel Hastane değildir. Ama bu Hastane gece vardiyasında beş defa denetlenmiştir ve denetimlerin hepsinden başarısız çıkmıştır. Bu Hastanede üst düzeyde öğretim elemanları var, yeter sayıda uzmanlar var. Ama, bir sağlık işletmesi olarak kendi kaynaklarını kendi yaratmada 4 trilyon yeterli değildir. Acil Serviste 65 hasta beklerken gece vardiyasında, poliklinikte 15-17 hasta, iki ayrı poliklinikte 15-17 hasta muayene ediliyorsa, o kapıya konulan deneyimsiz asistan, kıdemli ablasına hasta gönderemiyor, hepsini acile yönlendiriyor demektir. O hâlde, o kapıda hasta yönlendiren mekanizmada kıdemsiz asistan olmamalıdır. Hasta polikliniğe yönelmelidir. Acille normal hasta farklı olmalıdır. Hastaya bakmak da bir yarıştır, bir ekonomik çıkar yarışıdır. Belki sağlık hizmeti bir ticarî hizmet gibi görülmez, zaten hekimlerin ticaret yapması da yasaktır. Ama, hastanın elindeki sevk kâğıdı, hastanın elindeki emekli karnesi, hastanın yeşil kartı paradır. Siz, biz para istemiyoruz, bu şartlar bize yeter diyorsunuz anlamına gelir. O hâlde hedefiniz, asgariden 20 trilyon, 12 trilyon olmalıdır. Niçin bu hedefleri belirliyoruz? Örnekleri var, çok basit örnekleri var. Atatürk Eğitim Hastanesi, İzmir’de, Temmuz 2000 yılı içindeki döner sermaye geliri, bunu bu kanun sırasında Türkiye Büyük Millet Meclisinde de ifade ettim, 640 milyar liradır. İki ay sonra yönetim değişikliği olmuştur; 1 trilyon 700 milyardır. Üç katı. ... Evet,

döner sermaye işletmeleri, işletmeler, fonlar ve vakıflar kurulmakta, bunlar kamu hizmeti kullanıcılarından çeşitli adlar altında alınan bedellerle beslenmektedir.⁶¹⁵

Anayasa Mahkemesi bu tip uygulamaya anayasal engel bulunmadığına karar vermiştir. Örneğin, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Fonu kurulmuş, fonun gelir kaynakları arasında adli sicil kayıtlarından Bakanlıkça belirlenerek alınacak ücret de sayılmıştır. Anayasa Mahkemesi, adli sicil kayıtlarından ücret alınmasının ve bunun Bakanlıkça belirlenmesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

“... adli sicil kaydı karşılığı alınan ücretin, vergi ya da vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesine olanak yoktur. Söz konusu ücret, adalet hizmetleri alt yapısının geliştirilmesinde kullanılmak üzere, hizmet karşılığı, miktarı az bir bedel olarak alınmakta olup bu ücretin hiçbir zaman mali zorluk sayılabilecek düzeye getirilmesi düşünülememektedir. Belirtilen nitelikleri bakımından resim, harç ve benzeri mali yükümlülük sayılamaz. Bu nedenle ... anayasaya aykırı değildir.”⁶¹⁶

Lütfi Duran, kamu hizmetlerini konu alan vakıflar kurarak hizmet satma uygulamasına ilişkin önemli bir eleştiri geliştirmişti. Bir idare hukukçusunun gelişme karşısındaki rahatsızlığını dile getiren 1987 yılına ait bu eleştiriye uzunca bir alıntıyla aktaralım. “Donanma Vakfı ile başlayıp Hava ve Kara Kuvvetlerine yayılan güçlendirme vakıflarının kurulması ve daha sonra Adalet Bakanlığı da aralarında

yeni bir çocuk hastanesine Ankara’nın ihtiyacı vardır. Ama, bu hastane bana 12 trilyon yıllık döner sermaye geliri göstermezse o hedefe ulaşamaz.” Konuşma metni için bkz (Sağlık Bakanlığı Basın ve Hakla İlişkiler Müşavirliği- <http://www.basin.saglik.gov.tr/DrSami.htm>).

⁶¹⁵ Örneğin üniversiteler, kamusal kaynakların kısılmasının yol açtığı yoksullaşmayı aşmak için piyasaya açılmaktadır. Yükseköğretim idari teşkilatının içine, resmen olmasa da fiilen vakıf ve şirketler eklenmektedir. Üniversitenin kendi teşkilatıyla yapması gereken hizmetleri konu edinen, çoğunlukla üniversite akademik personeli tarafından kurulan vakıf ve şirketlere sıkça rastlanmaktadır. Döner sermaye birimleri, fakültelerin en önemli birimleri haline gelmektedir. Yükseköğretim kamu hizmetinin mallarının (taşınır, taşınmaz ve mali kaynak) rejimi de değişmektedir. Üniversitelere ait taşınmazlar satılmaktadır. Üniversitelere verilen kamusal mali kaynaklar azaltılmakta; böylelikle üniversiteler piyasaya yönlendirilmektedir. Kimi yöneticiler bağışlarla, sponsorluk kurumunu üniversiteye sokmakta kimileri satabilecekleri her türlü hizmeti piyasaya sunmaktadır. Ürünleri test edip kalitesini onaylamak, araştırma görevlilerinin ucuz işgücünü kullanarak piyasaya proje yapılması, ilginç konularda kurslar düzenlemek ve hatta iç piyasayla yetinmeyip Dünya Bankası projeleri gibi uluslararası alana açılmak gelir kaynağıdır.

⁶¹⁶ AM., E.1988/37, K.1989/36, k.t.8.9.1989, **AMKD**, sy.25, s.360-361

bulunmak üzere, birçok bakanlığın ve kamu kurumunun adlarını taşıyan ve/veya görev konularıyla ilgili vakıfların oluşturulması, devlet teşkilâtına paralel bir özel örgüt ağının belirmesine ve etkinliklerine yol açmakla, sanıldığıının ve savunulduğunun aksine, kamu yönetimine sakıncalar ve tehlikeler getirmektedir. Bunların başında, kamu hizmeti ve yararı ile özel etkinlik ve çıkarların birbirine karıştırılması; bu yüzden kamusal gücün ve yetkilerin konu ve amacı dışında kullanılması gelmektedir. İdare teşkilatına paralel vakıf örgütünde yetkili ve görevli bulunanlar, çoğunlukla ilgili kamu görevlileri olduğundan; bunların vakıflara ilişkin etkinlikleri gereği gibi yürütülememekte ve etkili biçimde denetlenememektedir. Ayrıca bu vakıflar, iktisadî nitelikte faaliyet ve girişimlerde bulundukları için, bunların organ veya personeli olarak çalışan kamu görevlileri, aslî sıfat ve uğraşları bakımından yasak olan çıkar ilişkilerinde taraf durumuna girmektedirler. Böylece oluşan menfaat bağları, her zaman asıl vakıfların konu ve amaçları ile çakışmayabileceği gibi; bu kişisel çıkarların direnci nedeniyle, paralel özel örgütlerin kamusallaştırılması zorlaşmakta ve hattâ engellenmektedir.”⁶¹⁷ Duran’ın eleştirisi, Türkiye’nin önünü tıkama suçlamalarına muhatap olmama kaygısıyla olsa gerek, Türk idare hukukçuları arasında yeterli ilgiyi görmemiş ve geliştirilmemiştir.

Kamu hizmetinin ve kamu gücünün, gelire tahvil edilmesi son dönemlerde sıklıkla rastlanan uygulamalardandır. Yargı kararına konu olan bir örnekte, yüksek lisans sınav gideri olarak belli bir para istenilmesi ve bu miktarı ödemeyenlerin yazılı sınavlara alınmayarak sözlü sınava tabi tutulacağı yolundaki işlemde hukuka uyarlık olmadığına karar verilmiştir. Yüksek lisans öğrencisi olan davacının yazılı sınavlara alınmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, İzmir 2. İdare Mahkemesi, “yazılı sınava alınmanın bağış koşuluna bağlanmasına yasal olanak olmadığı gibi, davalı idarenin yazılı sınav hakkını bu şekilde şarta bağlanması ve bu koşulu yerine getirmeyenleri sözlü sınava tabi tutulacağını bildirmesinin eşitlik

⁶¹⁷ Lûtfi Duran, “Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, **AİD**, c.20, sy.1, Mart 1987, s.9-10

ilkesini ihlal ettiği” gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir. Karar Danıştay’ca onanmıştır.⁶¹⁸

Danıştay Milli Parklar giriş ücretinin tahsili ile saha ve çevre temizliği işinin ihaleye çıkarılması işleminde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Dava üç Milli Park alanının, kapı giriş ücretinin tahsili ile saha ve çevre temizliği işinin ihaleye çıkarılmasına ilişkin Orman Bakanlığı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

“Davacı tarafından, dava konusu ihale işleminin, Anayasa’nın 169/2 maddesine (*“Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet Ormanları Kanununa göre, Devletçe yönetilir ve işletilir*) aykırı olduğu iddia edilmekteyse de, sözkonusu ihale işlemi giriş ücretlerinin tahsilini, otopark hizmetinin yürütülmesini, büfe ve kır gazinosu hizmetlerini, plaj kullanımı ve buna bağlı hizmetleri, tuvalet, lavabo, piknik masa ve ocaklarının, çocuk oyun alanları ve spor tesislerinin, saha temizliği hizmetlerini, tesislerin bakım ve onarımını ve korunmasını kapsadığından, bu işlemler Anayasa’nın 169/2. maddesinde belirtilen işletme kapsamında değerlendirilemez.

Milli parklar ve orman içi piknik alanlarında daha iyi hizmet verilebilmesi amacıyla bu hizmetlerin devlet adına özel kişilere gördürülmesinde kamu yararına aykırılıktan söz edilemeyeceği açıktır.”⁶¹⁹

Dosyaya görüş sunan Danıştay Savcısı da konunun yerindeliğine ilişkin değerlendirmede bulunmaktadır.

“Öte yandan, ülkemiz turistik potansiyelinin en yoğun olduğu bölgede yer alan milli parklar ve orman için piknik alanlarında yıldan yıla artan hizmet talebinin karşılanmasında devletin personel ve mali gücünün yetersiz kalması nedeniyle bu hizmetlerin devlet adına özel kişilere gördürülmesinde de kamu yararına aykırılıktan söz edilemeyeceği ortadadır.”

Yerel yönetimlerden belediyelerde, hizmetlerin paralı olup olamayacağına ilişkin değerlendirme yapılırken asli/zorunlu görevler ile ihtiyari görevler arasında bir ayrıma gidilmektedir.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun “*ücrete tabi işler*” başlıklı 97. maddesinde “*belediyeler bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye*

⁶¹⁸ D8.D., E.1995/4420, K.1997/1480, k.t.5.5.1997, **DD.**, sy. 94, 1998, s.539

⁶¹⁹ D8.D., E.1994/7528, K.1996/1096, k.t.11.4.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.599.

meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir” hükmü yer almaktadır. Danıştay içtihadında “ilgililerin isteğine bağlı” olma, “belediyelerin zorunlu görevleri arasında yer almama” şeklinde anlaşılmaktadır.

Örneğin Danıştay, çöp toplama ve taşıma işinden, “Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin 24. bendine göre kişi ve kuruluşların isteğine bakılmaksızın çöplerin toplanmasının belediyenin asli görevlerinden olduğu” gerekçesiyle çöp toplama ücreti alınamayacağına karar vermiştir.⁶²⁰

B. Kamu Hizmeti İlkelerinde Çeşitlenme

Kamu hizmetleri yönelik olarak, geçerliliği ve faaliyetin kamu hizmeti niteliğini sürdürebilmesi için uygulanmaları gerekliliği kabul edilen temel ortak ilkelere ek, yeni ilkeler ortaya konmaktadır.

Örneğin, “*Kamu Hizmetlerinin Yenilenmesi*” siyaseti çerçevesinde 18.3.1992 tarihinde Fransa'da kabul edilen “Kamu Hizmetleri Şartı”nda (*La Charte des services publics*), “temel ilkeler” ile “işleyiş ilkeleri” (*principe d'action*) ayırımına gidilmiştir.⁶²¹ Şartın amacı “kullanıcıyı hizmetin kalbine yerleştiren bir anlayış çerçevesinde kamu hizmetlerini modernleştirmek” olarak belirtilmektedir. Şartta eşitlik, yansızlık ve süreklilik, kamu hizmetlerine hakim olan temel ilkeler olarak kabul edilmiş; ancak bunlara ek olarak, yeni ihtiyaç ve zorunluluklardan kaynaklanan ve temel ilkelere eklenerek onları zenginleştireceği kabul edilen yeni işleyiş ilkeleri düzenlenmiştir.⁶²²

⁶²⁰ D9.D., E.1989/486, K.1990/3638, k.t.22.11.1990, **DD.**, sy.82-83, 1992, s.736. Karar için bkz **Belediyeler ve Gelirleri ile İlgili Danıştay Kararları, c.1**, Ankara, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü, 1997, s.199; Belediyenin kendi mülkü olan ve ücretli olarak halkın hizmetine sunulan parkın aydınlatma giderlerinin parktaki işletmecilerden istenilmesi kararı, parkın aydınlatılmasının Belediye Gelirleri Kanunu'ndaki “isteğe bağlı işler”den sayılamayacağı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur. D9.D., E.1989/5038, K.1991/1194, k.t.2.4.1991, **DD.**,sy.82-83, 1992, s.741

⁶²¹ Nathallie Marchandau, “Charte des service s publics: les usagers à l'honneur”, **RA**, sy.266, 1992, s.148

⁶²² <http://www.qualite-publique.com/pages/outils/docs-sce-public/>

Şartta şeffaflık, sorumluluk, yalınlık, ulaşılabilirlik, katılım, uyum, ve güvenilirlik olarak sayılan işleyiş ilkelerinin, tüm kullanıcılara, hizmetlerin iyi işlemesi güvencesini sağlayacağı ve hakları etkenleştireceği belirtilmektedir.

Fransız Kamu Hizmetleri Şartına benzer bir şart da İngiltere'de çıkarılmıştır. Temel özelliklerini yukarıda aktardığımız İngiliz uygulaması Fransız Şartında farklı bir mantığa dayanmaktadır. İngiliz uygulaması, kamu hizmetlerini piyasaya açmanın, piyasanın işleyiş mantığını kamu hizmetlerine taşımanın aracı olarak ortaya çıkarken Fransız uygulaması, kamu hizmetleri içinde, kamu hizmetleri genel mantığıyla sınırlı olarak, kamuyu yine kamuya (kullanıcılara) açmanın araçları üzerine bir arayış olarak değerlendirilebilir.

Aktarılan bu ilkeler, kamu hizmetine niteliğini veren temel ilkeler olmaktan ziyade "reform ilkeleri"dir. Kamu hizmeti işleyişinde oluşmuş klasik yapının dönüştürülmesinin ilkeleridir. Truchet gelişen bu yeni ilkelerin "ilke" olma niteliğini sorgulamakta, bunların, tüm kamu hizmetleri için geçerli zorunlu ortak ilkeler olmaktan çok hizmetlerin işleyiş siyasetine ilişkin amaçları ifade ettiğini savunmaktadır.⁶²³

Özellikle katılıma önem veren yönüyle ön plana çıkan bu ilkeler, kamu hizmeti işleyişinin kamusallaştırılmasının olanakları konusunda önemli bir adımdır. Kamu hizmetleri anlayışı, vatandaşları "idare edilenler" statüsünden, hizmetler konusunda talepte bulunabilen "kamu hizmetlerinin kullanıcısı" statüsüne taşımışsa da kamu hizmetleri-kullanıcı ilişkisi genel olarak tek yanlı kurula gelmiştir. Kamu sözcüğü hem "halk" hem de halkın dışında kurulan bir örgütlenmeyi, devleti işaret eder. Kamu hizmetlerinin bugüne kadarki kuruluşu ve işleyişi, devlet örgütünün hizmetlerini ifade etmiştir. Kamu (halk), kamu hizmetlerinin kamusallığını "devlete aitlik" olarak algılamıştır. Kamunun, hizmetlerin oluşumuna katılımı, genel siyasi işleyiş çerçevesinde, sadece genel seçimler dolayısıyla olmaktadır. Özellikle

ülkemizde, kamu hizmetleri oluşum ve işleyişine katılımı sağlayacak hemen hemen hiçbir mekanizma geliştirilmemiştir. Kamunun aslında kendisine çok yakın olan kamu hizmetlerinin özel kesime devrine önemli bir tepki vermemesinin temel nedeni de budur.

Mantığına yabancı olan piyasa kurallarına açarak kamu hizmetinin tasfiyesini hedeflemediği ve temel mantığı içinde kaldığı sürece, kamu hizmeti işleyişine getirilecek, kamusal açıklığı, denetimi, hesap vermeyi ve kamusal belirlemeyi sağlayamaya yönelik düzenlemeler önemlidir.

Hukukumuzda, yeni ilkelere destek olabilecek genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kamu yönetiminde yeniden yapılandırma konusunda hükümete yetki veren yasaların “ilkeler” bölümünde bunların birkısmı ismen zikredilmektedir.⁶²⁴ Ancak, bunları hukuken yaşama geçirecek sistemli düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu konu bizde genellikle, kamu hizmetinde etkenlik ve verimlilik arayışı bağlamında değerlendirilmektedir. Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Alt Komisyon raporunda, bir niyet olarak, etkenlik arayışı vurgulanmaktadır. “*Kamu hizmetlerinde yurttaş memnuniyeti esas alınmalıdır. Yurttaş memnuniyeti ise yeterli ve kaliteli hizmet sunumuyla sağlanır. Kaliteyi artırmak; kamu hizmetinde eşitlik,*

⁶²³ Didier Truchet, “Unité et diversité des ‘grands principes’ du service public”, **AJDA**, özel sayı, 1997, s.42

⁶²⁴ Örneğin, 29.6.2000 tarih ve 4588 sayılı “Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkilerine İlişkin Konularla Kamu Personeli Arasındaki Ücret Dengesizliklerinin Giderilmesi ve Kamu Mali Yönetiminde Disiplinin Sağlanması İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanunu”nun “ilkeler” başlıklı 2. maddesinde “*kamu hizmetlerinin niteliğinin artırılması, hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesi, vatandaşların Devlete karşı olan yükümlülüklerinin daha kolay, hızlı ve güvenilir bir biçimde yerine getirilmesi ve vatandaşların Devlete yaptıkları başvuruların en kısa sürede sonuçlandırılması, bürokratik işlemlerde vatandaşların yükümlülüklerinin gözden geçirilmesi, gereksiz işlem ve yükümlülüklerin kaldırılması*” denilerek çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelere yol gösterecek ilkeler belirtilmiştir. Yetki Kanunu iptal edilmiştir (AM. E.2000/45, K.2000/27, k.t.5.10.2000, **RG.**, 28.10..2000, 24214). İptalden sonra çıkarılan yeni Yetki Kanunu’nda ilkeler çok kısa tutulmuştur. 4639 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu”nun 2 .maddesinde “*kamu hizmetlerinin verimli ve etkin bir şekilde yürütülmesi, ülkenin ekonomik ve sosyal durumunun dikkate alınması*” ilke olarak yeterli görülmüştür.

*süreklilik, düzenlilik şeffaflık, yeterlilik ve etkinlik gibi unsurların işlevselliğiyle mümkündür.”*⁶²⁵

Kamu hizmetlerinin işleyişinde etkili olmaya başladığı kabul edilen yeni ilkeleri kısaca aktarmaya çalışacağız.

İdarenin işleyişi ilgililer için “açık ve anlaşılabilir” olmalıdır.

Fransa'da 1978-1979 arasında, idarenin vatandaşlar hakkında bilgi toplaması işlemlerine, idari belgelere ulaşma hakkına, idare-vatandaş ilişkilerinin iyileştirilmesine ve idari kararların gerekçeli olmasına ilişkin yasalar çıkarılmıştır.⁶²⁶

Fransız Kamu Hizmetleri Şartı'na göre,⁶²⁷

- kullanıcılar, hizmetlerin işleyişi konusunda bilgilenme hakkına sahiptir. Hizmet sunan birimler, kullanıcıları sistematik olarak bilgilendirmelidir. Açıklık, hem iletişim ve işbirliğinin hem de hizmetlerin kullanıcılar tarafından denetlenmesinin bir aracıdır.

- İdare, karar almadan önce, idare edilenlere iddialarını açıklama imkânı tanıyan çekişmeli bir usul uygulamaya çalışmalıdır. (İngiliz hukukunda karşı tarafı dinleme ilkesi. Avrupa Konseyinin tavsiye kararlarında da bu öngörülmektedir -OK) Hizmetin içeriğine ve örgütlenişine ilişkin bir karar alınmadan, bir politika belirlenmeden önce, mümkün olduğu oranda kullanıcılara danışılmalıdır.

- İdari kararlar gerekçeli olmalı ve karara karşı başvuru yolları kararda belirtilmelidir. Tüm kullanıcılar, yasal sınırlar çerçevesinde, idari belgelere ulaşabilmeli; isme yazılı kararlar kendilerine gönderilmeli, karara görüşlerini ekleme imkânına sahip olmalıdır.

⁶²⁵ **Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı**, "Kamu Yönetiminin İyileştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Özel İhtisas Komisyonu", Ankara 2000, s.33

⁶²⁶ Söz konusu yasalar hakkında bilgi ve ilgili kararlar için bkz. Conseil d'État, “Service public, services publics: déclin ou renouveau”, (Fransız Devlet Şurası'nın 1994 Yıllık Raporu), s.87-90

- Tüm vatandaşlar kendilerini ilgilendiren kararlara karşı, ilgili idareye, bu işle ilgili bağımsız kurullara veya yargıya başvurabilir.

Şartın kamu hizmetlerinde açıklığa ilişkin olarak öngördükleri Fransız hukukundaki gelişmelerin özeti niteliğindedir. Daha önceden yapılan düzenlemelerle, Kamu Arabulucusu; Ulusal Haber Alma ve Özgürlükler Kurumu, İdari Belgelere Erişim Komisyonu oluşturulmuş; idari kararlarda gerekçe zorunluluğu getirilmiş, idari usullerin yalınlaştırılmasına yönelik çeşitli komisyonlar oluşturulmuştur.⁶²⁸

Ayrıca 12.4.2000 tarihinde, “Vatandaşların İdareyle Olan İlişkilerindeki Haklarına İlişkin Yasa” çıkarılarak ek düzenlemeler yapılmıştır.⁶²⁹ Yasanın "İdari Şeffaflık", başlıklı II. Bölümünde, idareyle ilişkilerde herkesin ilgili görevlilinin adını, iş adresini, görevini öğrenme hakkı bulunduğu düzenlenmiş; idari belgelere ulaşma konusunda, hangi belgelere hangi koşullarla ulaşılacağı, verilemeyecek belgeler, yaptırımlar vs. hükme bağlanmıştır. "Mali şeffaflığa" ilişkin III. bölümde, kamu tüzelkişiliğine sahip olan idari birimlerin hesap ve bütçelerinin istek üzerine ilgililere gösterileceği hükme bağlanmış; bunun kapsamına sübvansiyon alan özel kuruluşların da dahil olduğu belirtilmiştir. Vergi mükelleflerine, dava açma hakkı yönetimine ait olup da talebe rağmen ilin/bölgenin dava açmadığı durumlarda, masrafları kendine ait olmak üzere, idare mahkemesinin izniyle dava açma hakkı tanınmıştır. 24. maddeye göre, belirtilen istisnalar dışında, idare birel işlemler yapmadan önce ilgiliyi yazılı veya sözlü olarak dinlemelidir.

"Katılımın gerçekleşebilmesi için zorunlu bir koşul, bireylerin katılınacak konu hakkında bilgi sahibi olmalarıdır. Bu ise temelde bilgi verilerini elinde tutan kamu yönetim birimlerinin, yapılması düşünülen faaliyetler hakkında, açıklamalarda bulunmalarıyla gerçekleşebilir. Açıklama sözkonusu birimlerin tercihine

⁶²⁷

<http://www.qualite-publique.com/pages/outils/docs-sce-public/Doc-referen-Charte%20SP.html>

⁶²⁸ Bkz. Conseil d'État, “Service public, services publics: déclin ou renouveau”, (Fransız Devlet Şurası'nın 1994 Yıllık Raporu), s.69

birakılmamalı, bireylerin istemde bulunmaları durumunda bu birimler açıklamakla yükümlü olmalıdır."⁶³⁰

Ülkemizde idarenin elindeki bilgi ve belgelerin ilgililere açık olduğuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak örneğin, çevre konusunda, Turgut, çevre mevzuatında yönetmelik düzeyinde iki istisna bulunduğunu aktarmakta, ancak bunun dışında da çevre konusunda, anayasaya ve uluslararası belgelere dayanarak bilgi ve belgelere ulaşma hakkının genel bir uygulama hakkına dönüştürülebileceğini savunmaktadır. Buna göre, "bireyler ya da çevreci örgütler Anayasadaki dilekçe hakkına ve ülke olarak katılıp imza koyduğumuz bazı evrensel ve bölgesel metinlere (Rio Bildirgesi, Gündem 21, Bergen Bildirgesi gibi) dayanarak yetkili birimlerden açıklama ve belgeleri göstermeleri isteminde bulunabilirler. İstemlerinin reddi durumunda da idari yargıya başvurarak, aynı dayanakları ileri sürüp bu konuda olumlu bir karar çıkmasını ve böylece bu hakkın en azından bilgilerin verilmesi boyutu yönünden içtihat yoluyla yerleşmesini sağlayabilirler."⁶³¹

Kamu hizmetlerinin işleyişinde “yalınlık ve ulaşılabilirlik” ilkelerine gelince, bunlar idarede etkenliğin ve katılımın sağlanabilmesi için önemli reform ilkeleridir.

Kamu hizmetlerinin işleyiş usullerini yalınlaştırma çabası çerçevesinde, Fransa'da 1983 yılında İdari Usul ve Formalitelerin Yalınlaştırılması Komisyonu kurulmuştur.

Fransız Kamu Hizmetleri Şartı'na göre,⁶³²

- Açık ve anlaşılır hukuki usuller ve düzenlemelerin varlığı, hukuk devletinin güvencesidir. İdarede yalınlaştırma ve açıklık, kullanıcılarla hizmet ilişkisinin yapılanmasında önemli bir araçtır. Kamu hizmetlerinde, her türlü kural enflasyonu

⁶²⁹ Yasa için bkz. http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/jorf_nor.ow?numjo=FPPX9800029L

⁶³⁰ Nükhet Turgut, “Sürdürülebilir Kalkınmanın Sağlanmasında Katılımın Rolü”, **AÜSBFD**, c.52, sy.1-4, 1997, s.710

⁶³¹ **Ibid.**

önlenilmeye çalışılmalı, yeni kurallar ancak sorun başka araçlarla çözülemiyorsa yaratılmalıdır.

- Kamu hizmetleri coğrafi yaygınlık olarak da varolmalı, ulaşılabilir olmalıdır (özellikle kırsal alanlar ve hassas semtlerde).

- Her hizmetin, hedefleri açıkça ortaya konmalı, kalite ve kullanıcı ihtiyaçlarının tatmini ölçütleri belirlenmelidir.

Fransızların, 12.4.2000 tarihli, Vatandaşların İdareyle Olan İlişkilerindeki Haklarına İlişkin Yasasının 2. maddesine göre, idare, çıkardığı her türlü kural koyan işlemine rahatça ulaşılmasını sağlayacak bir mekanizma oluşturmakla yükümlü kılınmıştır. 27. maddede, kentsel ve kırsal alanlarda, kamu hizmetlerine ulaşımı kolaylaştırabilmek için, çeşitli hizmetleri bünyesinde barındıran "kamu hizmetleri evleri (*maisons des services publics*)" kurulması öngörülmüştür.

Ulaşılabilirlik, zaman boyutunda ele alındığında süreklilik ilkesi devreye girer. Hangi kamu hizmetleri, hangi gün ve saatler hizmet verecektir? Mekan boyutuyla ele alındığında, kamu hizmetlerinin, kullanıcı kategorilerinin özelliklerini dikkate alarak örgütlenmesi gereği değerlendirilmelidir. Örneğin, özürllülerin, yaşlıların, çocukların vs... hizmeti kullanabilmelerine olanak tanıyacak bir işleyiş ve örgütlenme seçilmelidir. Ayrıca, kamu hizmetlerinde, hizmet gören birimlerin, “kullanıcılara sunduğu karşılama, danışma ve yönlendirme” hizmetleri de yabancı ülkelerde üzerinde hassasiyetle durulan konulardandır. Her idari birimde etkili ve yönlendirici bir danışma birimi, kullanıcıların bekleme süresini azaltan, bekleme koşullarını kolaylaştıran bir işyeri örgütlenmesi, daha temiz ve sağlıklı hizmet yerleri, nezaket kurallarına uyulması gibi konular önem kazanmaktadır.

Hukuk kurallarının ötesinde, yönetim biliminin teknikleri alanına giren bu konuların tartışılıp ele alınması, temel kamu hizmetlerinde bile yeterli donanım ve maddi kaynaklara sahip olmayan ülkemiz için “anlamsız” olarak değerlendirilebilir. Zira ülkenin öncelikleri farklı belirlenmektedir. Örneğin, son dönemde yabancı

⁶³²<http://www.qualite-publique.com/pages/outils/docs-sce-public/Doc-referen-Charte%20SP.html>

yatırımcıların, yatırım izni alma sürecinde karşılaştıkları ayrıntılı idari usullerden kaynaklanan engelleri aşmaları için izin sürecini, Türk idare sisteminde rastlanılmayan bir yalınlığa dönüştürmek için çalışılmaktadır.⁶³³

Kamu hizmetlerine ulaşılabilirlik bakımından hizmetlerin paralı olup olmamasının da büyük önemi olduğu açıktır. Özellikle temel hizmetlerin paralı olması, bunu karşılayamayacak olanların temel hizmetlere ulaşmasını engellemektedir.

Kamu hizmetlerinin işleyişinin ötesinde bir önemi ve anlamı olan katılım ilkesi, kamu hizmetlerinin demokratikleştirilmesi bağlamında önem kazanmaktadır.

Varolan toplumsal yapının temel kurucu unsuru siyasal alan sivil alan ayrımıdır. Yönetime ilişkin kararların alınması ve toplumsal yapının hukuki çerçevesinin oluşturulması siyasal alanda gerçekleştirilir. Bireyler, kendilerine ilişkin kararların oluşumuna siyasal alana katılarak katılabilir. Siyasal alanın temel kurucu katılım mekanizması, seçimler ve meclislerdir. Tüm idari yapı da bu dolayımama aracılığıyla kurulur (yasallık ilkesi). Bu mekanizma sayesinde vatandaşların tüm idari faaliyetlere katılmış oldukları varsayılır. Beğenilmeyen ve eleştirilen idari işleyişin düzeltilme mekanizması, vatandaş için, dört-beş senede bir yapılan seçimlerde oy kullanarak, partiler içinde faaliyet göstererek ve seçimlerde aday olarak siyaset yapmadır.

⁶³³ Tasarı Endüstri Bölgeleri Hakkında Kanun Tasarısı'nın "yatırım izni" başlıklı 4. maddesinin I. fıkrasına göre, "Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü, yabancı sermayeli kuruluşların endüstri bölgelerinde yatırım izni başvurularını talep tarihinden itibaren 15 iş günü içerisinde cevaplandırır. Bu süre zarfında cevaplandırılmayan talepler kabul edilmiş sayılır." II. fıkraya göre "bu madde uyarınca, Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nün yatırımcı kuruluş adına yaptığı izin, ruhsat ve benzeri her türlü başvurular ilgili kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve meslek odaları tarafından en geç 10 iş günü içerisinde öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırır. Bu süre içerisinde gerekçesiz, ilgili kuruluşlar tarafından sonuçlandırılmayan işlemler için Hazine Müsteşarlığı'nın talebi üzerine atamaya yetkili merci, kurullar veya makamlar tarafından, sorumluların beşer aylıklarının (her türlü ödemeler dahil) kesilmesine; kusurun tekrarlanması durumunda memurluktan çıkarılmasına karar verilir." Kanun tasarısı için bkz <http://www.antimai.org/blt/endustriBolg.htm>

Klasik siyasal katılım mekanizması asıl araç olarak kabul edilmiştir. Kamu hizmetlerinin işleyişiyle yaşamın her alanında vatandaşların karşısında bulunan idare/devlet/siyaset vatandaşlara katılım için seçimleri göstermektedir. Ancak, demokratik sistemin bu temel kurucu mekanizması siyasal yaşamı demokratikleştirebilmek için yeterli değildir. Vatandaşlara, kamu hizmetlerinin işleyişi olarak somutlaşan idari (siyasi) etkinliğe katılmalarının yolları tanınmalıdır.

Katılımın gereği konusunda günümüzde uzlaşma olmakla birlikte, uygulamaya konmasında çeşitli sorunlar bulunmaktadır. Hangi özneler katılacaktır? Kamu hizmetlerinin personeli, bireysel kullanıcılar, kullanıcı örgütleri, hizmetin özel yürütücüleri vs. bunların hepsi katılım özneleri midir? Neye katılım sağlanacaktır? Hizmetin oluşumuna, örgütlenişine, işleyişine ve denetlenmesine mi? Kanımızca kamu hizmetleriyle ilgili her aktörün, hizmetin her aşamasına, farklı derecelerde de olsa katılmasının mekanizmaları geliştirilmelidir.

Personelin katılımı konusu, katılımcılığa ve toplam kalite anlayışına dayanan yeni emek örgütlenmesi tekniklerinin, kamu kesiminde de uygulanması arayışları çerçevesinde önem kazanmıştır. Tamamen üretim ilişkileri alanının paradigmaları çerçevesinde gelişen bu modelin, siyasal yönü bulunan kamu hizmetleri üretimi alanında uygulanabilirliği kanımızca şüphelidir.

Kamu hizmeti kullanıcılarının katılımı konusunda en önemli sorun, temsil öznesinin belirlenmesidir. Tüm tekel kullanıcılar mı, kullanıcı toplulukları veya örgütleri mi katılım öznesi olacaktır?

Fransa'da özellikle II. Dünya Savaşı sonrası, millileştirilmiş kamu kurumlarının (elektrik, gaz, şehir içi ulaşım, hava ulaşımı ve demiryolları) yönetim organlarında ilgili menfaat gruplarının temsilini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Kullanıcı ve personel temsilcileri çeşitli oranlarla yönetim organlarına alınmıştır. Amaç millileştirmenin, devletleştirmeye dönüşmesini önlemektir.⁶³⁴ Fransa'da her

⁶³⁴ Conseil d'État, "Service public, services publics: déclin ou renouveau", (Fransız Devlet Şurası'nın 1994 Yıllık Raporu), s.81

bakanlık nezdinde, bir milletvekili başkanlığında kullanıcı komiteleri oluşturulmuş; 1982 yılında "*idare hizmetinizde*" programı; 1989 yılında "*kamu hizmetlerinin yenilenmesi*" programı başlatılmıştır. Bu son program çerçevesinde, 1992 yılında, yukarıda değindiğimiz, Kamu Hizmetleri Şartı Hazırlanmıştır.

Fransız Kamu Hizmetleri Şartı'na göre:⁶³⁵

-Kullanıcılar olduğu gibi, hizmetin insan ögesi de hizmetlerin iyileştirilebilmesi için daha aktif katılım ve işbirliği kanallarına sahip olmalıdır.

-Kamu hizmetleri işleyişiyle, ulusal bütünlüğün güvencesidir, bu nedenle vatandaşlar kamu hizmetinin işleyişinde kendilerini sorumlu hissetmelidir. Kamu hizmetinde çalışanlar, kullanıcıları anlamaya, yasakoyucunun ayrıntıda kavrayamayacağı ihtiyaçları ve beklentileri hesaba katmaya çalışmalıdır.

Ülkemizde, kamu hizmetlerinde katılım söylem düzeyinde kalmakta; gerekli mekanizmalar yaratılmamaktadır. Katılımı öngören düzenlemeler istisnaidir. Örneğin "*Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği*" ile "*ÇED Yönetmeliği*"nde ilgili konularda katılım olanakları düzenlenmiştir.

Hava Kalitesini Koruma Yönetmeliğinde,⁶³⁶ hava kalitesini etkileyebilecek tesis kurmak isteyenlere, izin alma zorunluluğu getirilmiş; izinden önce, duyuru yapılarak ilgili yöre sakinlerine başvuruyu ve ekli belgeleri inceleme, görüş ve itirazlarını yazılı olarak sunma hakkı tanınmış, idareye izin vermeden önce itirazları sonuçlandırma yükümlülüğü getirilmiştir. Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliği'nde⁶³⁷ de bir katılım imkânı düzenlenmiştir. Yönetmelikte kimi faaliyetlerin ÇED sürecine ve izin usulüne tabi olacağı belirtilmiştir. İzin için, faaliyet sahibinin, ÇED raporu hazırlatması ve bunu bakanlığa sunması gerekmektedir. Yönetmeliğin "*ÇED Sürecine Halkın Katılımı*" başlıklı 16.maddesine

⁶³⁵ <http://www.qualite-publique.com/pages/outils/docs-sce-public/Doc-referen-Charte%20SP.html>

⁶³⁶ RG. 2.11.1986, sy.196269

⁶³⁷ RG., 7.2.1993, sy.21489; Değişilik RG.23.6.1997, sy.230228

göre, “ÇED Raporunun Bakanlığa sunulmasından sonra, İnceleme Değerlendirme Komisyonunun ilk toplantısını müteakiben halkı yatırım hakkında bilgilendirmek, (halkın) görüş ve önerilerini almak üzere faaliyet sahibi tarafından bir toplantı düzenlenir.” Benzer bir katılım mekanizması, imar planlarının hazırlanması aşaması için öngörülmüştür. İmar planları ilan edilir ve ilgililere itiraz imkânı tanınır; planlar itirazlar değerlendirildikten sonra kesinleştirilir.

Bu gibi istisnalar dışında kullanıcıların kamu hizmetlerinin işleyişine katılımı Türk hukukunda genel bir ilke değildir.

Kamu hizmetlerinin işleyişinde, belirsizlikleri ve öngörülmezlikleri ortadan kaldırmaya çalışarak idareye kullanıcılara belirli bir “güven” verilmesi de yeni ilkeler arasında yer almaktadır.

Fransız Kamu Hizmetleri Şartı’na göre,⁶³⁸

- Kullanıcı, idareyle ve kamu hizmetleriyle ilişkilerinde hukuki güvencelere sahiptir. Devlet, kamu hizmetinin işleyiş koşulları ve biçimlerini açık biçimde belirlemelidir. Hukuki düzenlemeler istikrarlı olmalı, değişiklik durumlarında, yeni düzenlemeler, kullanıcılara uyum sağlama imkânı tanıyacak koşullarla yürürlüğe konmalıdır.

- Varolan kuralların geliştirilmesi sağlanmalı, yeni kuralların kullanıcılar ve idareye etkileriyle maliyetine ilişkin bilgiler hazırlanmalıdır.

- Kamu hizmetleri yürütücüleri hatalarını kabul etmeyi; mümkün olan en kısa sürede gidermeyi, tazmin etmeyi bilmeli ve hatalarından hizmetin işleyiş bakımından gerekli sonuçları çıkarmalıdır.

Ayrıca Fransa’da, iptal kararları sonrası kararların uygulanması konusundaki belirsizliği hafifletmek amacıyla, 12.4.2000 tarihli, Vatandaşların İdareyle Olan

⁶³⁸

<http://www.qualite-publique.com/pages/outils/docs-sce-public/Doc-referen-Charte%20SP.html>

İlişkilerindeki Haklarına İlişkin Yasanın 17. maddesiyle, mahkeme kararlarını yerine getirmek için idareye verilen süre, dört aydan iki aya indirilmiştir.

Bu yasayla, vatandaşların idareyle olan ilişkilerindeki belirsizliği giderebilmenin bir yolu olarak, zımni red ve zımni kabul kurumları düzenlenmiştir. Devlet Şurası'nın katılımıyla çıkarılacak kararnamede belirlenecek konulara ilişkin taleplere, iki ay içinde yanıt verilmemesinin kabul sayılacağı ancak, bunun mali konuları kapsamadığı belirtilmiştir (m.22). Ayrıca, 23. maddeye göre, hukuka aykırı zımni kabul kararı, dava açma süresi içinde geri alınabilecektir.

Türk hukukunda idareye yönelik taleplerde “zımni red” genel bir kurala bağlanmışken, sınırlı özel kurallar dışında, zımni kabule ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır.⁶³⁹

III. KAMU HİZMETİNİN KURULMASI

A. “Kurulma” Kavramı ve Sorunlar

Kamu hizmetinin kurulması konusunda ele alınması gereken temel sorun, kamu iktidarını kullanma yetkisine sahip birimler arasındaki yetki paylaşımıdır. Sorun, yasama organı ile yürütme arasındaki yetki paylaşımı olarak ortaya konabilir. Ancak, “olası (*virtuel*)” kamu hizmetleri ile “anayasal kamu hizmetleri” tartışmaları ve ülkemizde özelleştirmeler vesilesiyle ortaya çıkan içtihadın da gösterdiği gibi, yargı da kamu hizmeti kuruculuğunda bir özne olarak belirmektedir.

Kurucu özne bakımından ele alındığında konu, yasama, yürütme ve yargı ilişkileri bağlamında yatay ve merkezi idare - yerel idare bağlamında da dikey bir boyut kazanmaktadır. Konuyu daha da çetrefil hale getiren, kurucu iktidarın yani anayasakoyucunun devreye girmiş olmasıdır. Anayasa'daki düzenlemeler, bunların anayasa mahkemesi tarafından yorumlanması, kamu hizmetinin kurulmasında yetki konusunu karmaşıktırmaktadır. Kural koyma iktidarı bakımından, yasama

⁶³⁹ Zımni kabul örnekleri için bkz. Gözüyük, Tan, **İdare Hukuku**, s.344

organının 1982 Anayasası'nda ikili hale getirilmiş olması, yürütme organının da kanun hükmünde kararnameler aracılığıyla yasama faaliyetinde bulunabilmesi, konumuz bağlamında, yasama içinde de bir yetki dağılımı sorunu doğurmaktadır. Örneğin, “Anayasa’da kanunla düzenlenir denilen konular kanun hükmünde kararnamelere kapalı mıdır?” genel sorusu kamu hizmetlerinin kurulması bağlamında da sorulabilir.

Kamu hizmetinin kurulması konusu, kullanıcıların yeni bir kamu hizmetinin kurulmasını veya varolan bir kamu hizmetinin devam etmesini (kaldırılmamasını) isteme hakkının bulunup bulunmadığı sorunuyla da ilgilidir.

Özetle kamu hizmetlerinin kurulmasında ortaya çıkan temel sorun yasama ile yürütme arasındaki yetki paylaşımı olmaktan ötedir.

Kamu hizmetinin kurulması, kamusal örgütün (devletin) bir faaliyetini gerektirir. Yani kamu hizmeti, ancak kamusal örgütün iradesiyle kurulur. Devletin irade, açıklaması dışında, hukuken kamu hizmeti yoktur. Özel kişilerin kamu hizmeti “kurması” mümkün değildir.

Temel sorun, kamusal örgüt (devlet) içinde, kamu hizmetinin kurulması konusunda irade açıklamaya yetkili birimleri saptamaktır. Bu konuda, demokratik rejimlerde kural olarak parlamento yetkilidir. Ancak devlet adına irade açıklayan tek kurum parlamento değildir. Kamusal yetkiler kullanan diğer birimler (örneğin, mahkemeler), işlev ve yetki alanları çerçevesinde, kimi zaman da bu alanı aşarak, kamu hizmetinin kurulma sürecine dahil olabilirler. Bu da sorunu karmaşıktırmaktadır.

Saptadığımız konuları ele almadan önce kamu hizmetinin “kurulması” ile ne kastedildiği değerlendirilmelidir.

Öğretide kamu hizmetlerinin kurulması ile neyin kastedildiği ele alınmamıştır. Eserlerin ilgili bölümlerinde doğrudan hangi organın yetkili olduğunun tartışılmasına girilmektedir. Doğrudan bir değerlendirme bulunmamakla birlikte, yetkili organı saptamak için ileri sürülen gerekçeler (idarenin faaliyetiyle girişim özgürlüğünün sınırlanması, teşkilat kurulması, kamu harcamasının yasa gerektirmesi gerekçeleri)

değerlendirildiğinde, kamu hizmetinin “kurulması” ile devletin (idarenin) bir alanda fiilen örgütlenmesi ve faaliyette bulunmasının anlaşıldığı görülmektedir. Bunun en net anlatımını Yayla’da görmekteyiz: “anlaşıyor ki, kamu hizmeti, her şeyden önce bir faaliyettir. Tabii ki, her faaliyet gibi kamu hizmetleri de personele, araç ve gereçlere muhtaçtır...”⁶⁴⁰

Burada ortaya konulduğu şekliyle, devletin örgütlenerek toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimine gitmesi, kamu hizmetinin en somut görünüş biçimidir. Kamu hizmetinin ideal ortaya çıkış tipidir. Ancak toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliği kazanmasının farklı gerçekleşme biçimleri de olabilir. İlk bölümde kavramlaştırmaya çalıştığımız gibi, herhangi bir toplumsal ihtiyacı karşılayacak üretim/sunum belirli oranlarda özel alanın (piyasanın) kurallarından bağışık kılınarak, siyasallaştırılarak (kamusallaştırılarak) devletçe üstlenilir ve kamu hizmeti alanına dahil edilir. Ancak bu zorunlu olarak o alanda devletin faaliyet göstermesini gerektirmeyebilir.

Devletin bir faaliyeti kamu hizmeti olarak üstlenme iradesi, saf ve yalın biçimde ortaya çıkmaz. İdeal tip yasama organının açıkça bir faaliyetin kamu hizmeti olduğunu belirtmesidir. Ancak bu tek olasılık değildir. Örneğin, birinci bölümde değindiğimiz gibi, idari yargının, uyuşmazlık konusu faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıdığına karar vererek, faaliyeti ortak hukukun (özel hukukun) alanından ve yargısından çıkarması da devlet için bir üstlenme iradesi açıklamasıdır. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi’nin kimi faaliyet alanlarını kamu hizmeti olarak niteleyerek bunların hukuki rejimini kamusallaştırması da benzer bir örnektir.

Ayrıca bir faaliyeti kamu hizmeti olarak üstlenme iradesini açıklama ve o alanda faaliyette bulunma zorunlu olarak birbirini takip eden aşamalar değildir. Herhangi bir açık üstlenilme iradesi bulunulmamasına karşın, devletin bir örgütlenmeye giderek toplumsal ihtiyaçları karşılayacak üretim faaliyetine girişmesi, kamu hizmeti üstlenme iradesinin örtük bir açıklanmasıdır. Yani süreç, ilk önce

⁶⁴⁰ Yayla, **İdare Hukuku**, s.67-68

yasama organının, bir faaliyetin kamu hizmeti olduğunu açıkça düzenlemesi ve sonra da bu kamu hizmetini gerçekleştirecek bir teşkilatın oluşturulması şeklinde gerçekleşmez. Kamu hizmeti sözü edilmeden, bir kamusal örgütlenmeye gidilmesi de devletin üstlenme iradesini gösterir. Sadece kamusal örgütlenme değil, farklı belirtiler de bir alanın kamu hizmeti olarak üstlenildiğini gösterebilir.

Üstlenme ve üstlenilmiş alanda faaliyette bulunma ayrımı çerçevesinde kamu hizmetinin kurulması farklı anlamlar kazanabilmektedir. Kamu hizmetinin kurulması konusu bu çerçevede değerlendirilmelidir.

B. Genel Yetki Kuralı: Yasakoyucu

Kamu hizmetlerinin kurulması konusunda genel yetki kuralını araştırdığımızda, yasakoyucu sonucuna varacağımız açıktır.

Kamu hizmetinin kurulmasında genel yetkinin yasakoyucuda olduğunu kanıtlamak için, öğretide olduğu gibi çeşitli gerekçeler ileri sürmeye gerek yoktur. Öğretide aktarılan bu görüşler Fransız yazınından alınmadır. Fransız hukukunda yasama ile yürütme arasındaki yetki paylaşımı, özellikle kamu hizmetinin kurulması ve işleyişi gibi idari olduğu kabul edilen konularda hayli sorunludur. Fransa’da idarenin yasal yetkilendirme olmadan, hizmet gerekleri gerekçesiyle hizmetin düzenlenmesine ilişkin doğrudan kural koyabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca 1958 Anayasasıyla yasama alanı yürütme lehine sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, Fransa’dan esinlenen idare hukuku yazınımızda, kamu hizmetinin kurulması konusunda yetkili makam araştırılırken sorun tersinden ortaya konmakta, yasama organının genel yetkisi kabul edilip istisnasına gerekçeler aranacağı yerde, yasamanın yetkisi gerekçelendirilmek zorunda kalınmaktadır.

Devlet adına irade açıklayarak kural koyma yetkisi, ilke olarak yasama organına aittir. Sistemimizde yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkesi geçerlidir. Yürütme işlevi ise türevdir (Anayasa m.8 “*yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*”).

Devletin, bir faaliyeti, özel alanın kimi ilkelerinden bağışık kılabilmesi için irade açıklaması, kural koyması gerektiğine göre, bunun yasama organın yetkisi dahilinde olduğu açıktır.

Kamu hizmetinin kurulması yasama işlevine ait bir yetkidir. Yürütme organının düzenleme yetkisi ancak yasal çerçeve içinde kullanılabilir. Sistemimizin bu ilkeleri, Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilmezliği kuralıyla birleşince, sürekli bir gerilim doğurması, her yasanın, yürütme organına verdiği yetkilerle bu kuralı ihlal etme riski taşıması kaçınılmazdır. Anayasa Mahkemesi'nin, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi vesilesiyle verdiği kararların pek çoğunda iptal gerekçesini, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlali oluşturmuştur.

Yasama ile yürütme organının düzenleyici işlevi arasındaki ilişki, gerilimli de olsa açıktır. Ancak yasama işlevini kullanan organın 1982 Anayasası'nda ikileştirilmiş olması sorun doğurmaktadır. Yasama işlevi artık sadece TBMM tarafından kullanılmamakta, yürütme organı da kanun hükmünde kararnamelerle yasama faaliyetine ortak olmaktadır.⁶⁴¹ 1982 Anayasası sisteminde, bir konunun yasama organının yetkisinde olduğu saptamasının yapıldığı her durumda, “konu kanun hükmünde kararnamelerle de düzenlenebilir mi?” sorusuna yanıt vermek gerekmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz, idare hukuku yazınımızda, yasama organının genel yetkisini gerekçelendirmek için başvuru argümanlar, yasama yetkisine sahip organlar arasında, TBMM'nin yetkisini gerekçelendirmek için kullanılabilir. Bir faaliyetin özel alandan kamusal alana aktararak devletçe üstlenilmesi, yani kamu hizmeti kurulması sadece TBMM'nin çıkaracağı yasalarla mı gerçekleştirilebilir? Yoksa kanun hükmünde kararname de bir yasama biçimi olarak uygun bir araç mıdır?

⁶⁴¹ “Birlikte yasama”, olarak adlandırdığımız bu özelliğin değerlendirilmesi için bkz, Onur Karahanoğulları, “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, Bir Öneri: Birlikte Yasama”, *AİD.*, c.31, sy.2, s.41

1. Genel olarak, Anayasa’da “yasayla düzenlenir” ifadesinin geçtiği konuların kanun hükmünde kararnamelere kapalı olduğunu düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesi içtihadı ise tersi yöndedir.⁶⁴² Ayrıca, Anayasa Mahkemesi’nin olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri için verdiği kararlardan sonra olağanüstü KHK’lerin düzenleme alanı da sınırlanmıştır.⁶⁴³

2. Kamu hizmetinin kurulması bir idari örgütlenmeyi gerektirebilir. Anayasanın 123. maddesine göre, “*idare, kuruluş ve görevleriyle ... kanunla düzenlenir*”.

3. Devletleştirme de bir kamu hizmeti kurulması yöntemidir. Anayasanın 47. maddesine göre yasayla düzenlenir.

4. Kamu hizmetinin kurulması, ayrı bir kamu tüzelkişiliği kurulmasını gerektiriyorsa, yetki yine yasama organındadır. Anayasanın 123. maddesinin son fıkrasına göre, “*kamu tüzelkişiliği kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*.”⁶⁴⁴

5. Devletin kamu hizmeti örgütünün temel birimleri olan bakanlıklar⁶⁴⁵ kanunla kurulur. Anayasanın 113. maddenin I. fıkrasına göre, “*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilâtı kanunla düzenlenir*.”

⁶⁴² Bkz. Onur Karahanoğulları, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, **AÜSBFD**, c.52, sy.1-4, 1997, s.387

⁶⁴³ Cem Eroğul, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM’ce Onaylanması Sorunu”, **AÜSBFD**, c.54, sy.4, s.31; Lutfi Duran, “Bunalım Kararnameleri”, **AÜSBFD**, c.50, sy.3-4, 1995, s.141

⁶⁴⁴ Örneğin, “Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında, kamu tüzelkişiliğinin ancak yasayla ya da yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulabilmesi öngörülmüştür. Telekomünikasyon hizmetlerini kamu tekeli olarak yürütmekle görevli Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi de 4000 sayılı Yasa’nın 1. maddesiyle kurulmuş bir kamu tüzelkişisidir” (E.1994/70, K.1994/65-2, k.t.22.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.408).

⁶⁴⁵ 27.9.1984 tarih ve 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkındaki Kanunun 1. maddesine göre “bu Kanunun amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülebilmesi için bakanlıkların kurulmasına, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.” Yani maddede belirtildiği gibi bakanlıklar kamu hizmetlerinin teşkilatlanmasıdır. Bu özellik Anayasa Mahkemesi tarafından da saptanmaktadır. “Bakanlıklar, devletin yürüttüğü kamu görevlerinin (kamu hizmetlerinin-OK), konularına göre uzmanlaşmış bölümleridir. Merkezi yönetimin işlevleri

6. Kamu hizmetinin kurulması, (üstlenilen alanda faaliyette bulunma veya üstlenilen alanı denetleme vs. gibi nedenlerle) kamu harcamaları yapmayı gerektirir. Anayasa, 1789’dan gelen geleneği devam ettirerek kamu giderleri ile vergi arasında bağlantı kurmuştur (1789 m.13 “*kamu gücünün ihtiyaçlarıyla idarenin giderlerini karşılamak için ortak bir vergi zorunludur. Bu vergi, bütün yurttaşlar arasında, - yetilerinden dolayı- eşit olarak dağıtılmak gerekir*; Anayasa m.73/I “*herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle mükelleftir*”). Devlet ve idare adına para harcama yetkisi, ancak TBMM’nin yapacağı bütçe kanunu ile verilebilir (Anayasa m.161 “*Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzelkişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır*”). Anayasanın 163. maddesi ile kanun hükmünde kararnameler bütçe konusundan dışlanmıştır (“*bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararname ile değişiklik yapma yetkisi verilemez*”). Kamu iktisadi teşebbüsleri, yıllık bütçe kuralından istisna edilmiştir; ancak bunların, iştirakler dışında, kamu tüzelkişiliğine sahip olduğu düşünüldüğünde kurulmalarının yasa gerektireceği açıktır.

7. Kamu hizmetlerinin kurulması, Anayasa’daki temel hak ve hürriyetlerden birinin sınırlanması sonucunu doğurmaktaysa, 13. madde gereği düzenlemenin yasayla yapılması gerekecektir.

Yukarıda sıralanan gerekçeler, kamu hizmeti kurulmasının TBMM’nin yasama tekelinde olduğunu, hükümetin kanun hükmünde kararnamelerle buna ortak olamayacağını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin içtihadında, kamu hizmetinin kurulmasında yetkinin yasama organında olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak alanın, kanun hükmünde kararnamelere kapalı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 1969 yılında verdiği kararda, kamu hizmetlerinin kurulması ve düzenlenmesi konusunda yetkili organın meclis olduğuna hükmetmiştir.

ve görevleri Bakanlıklar arasında paylaşılmıştır” (E.1995/1, K.1995/42, k.t.14.9.1995, AMKD, sy.31, c.2, s.634).

“Anayasa, kamu hizmetlerinin yasa ile kurulacağı ve idarenin görevlerinin de yasa ile düzenleneceği ilkesini benimsemiştir (Anayasa mad.106., 112., 113).

Bu nedenle, dava konusu (B) bendinde öngörüldüğü biçimde bir ortaklığa Devletin katılmasında kalkınma planının uygulanması bakımından bir zorunluk bulunuyorsa, başka bir deyimle böyle bir katılmada kamu yararı görülüyorsa bu bir kamu hizmeti olarak ele alınabilir ve Devletin katılacağı ortaklıkların niteliğinin, Devletin katılma koşul ve yöntemlerinin, konulacak sermaye miktarıyla teşebbüsün idare ve denetim yöntemlerinin ve ortaklıktaki Devlet payı üzerindeki Yasama Meclisleri denetiminin nasıl sağlanacağını yasa ile düzenlenmesi gerekirdi. Oysa incelenen (B) bendi bütün bu konuların düzenlenmesi işlerini yıllık programlara, yani yürütme organına bırakmak yoluyla yasama yetkisini yürütmeye aktarmış bulunmaktadır. Bu nedenle dava konusu kural Anayasa’ya aykırıdır.”⁶⁴⁶

Kararda kamu hizmetinin kurulmasında yasama organının genel yetkisi vurgulanmakta, ancak yürütmeye bırakılacak düzenleme alanının sınırları değerlendirilmemektedir. Ayrıca, yasama organının yetkisinin salt bir kurma olmadığı, hizmetin düzenlenmesinin ana hatlarının da yasa ile belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Fransız içtihadında, idareye tanınan, kurulmuş kamu hizmetini düzenleme (örgütlenme) tekeli hukukumuzda bulunmamakta, idarenin yapacağı düzenlemenin ana hatlarının yasama organı tarafından belirlenmesi gerekmektedir.⁶⁴⁷

Anayasa Mahkemesi'nin, özel öğretim kurumlarına belli oranda ücretsiz öğrenci okutmaları zorunluluğu getirilmesi konusunda verdiği 12.4.1990 tarihli kararında kamu hizmetlerinin kurulması ve örgütlenmesinde kural koyma iktidarına ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır. Buna göre,

“Anayasa’da, bir hizmet ünitesinin kurulması halinde, ona varlık verecek yasada ne gibi kurallara ve ilkelere uyulacağı öngörülmemiş ise, bu husus kural olarak yasa koyucunun takdirine bırakılmış olur.”⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ AM., E.1967/41, K.1969/57, k.t.23-25.10.1969, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 145/2, **AMKD**, sy.8, s.18-133

⁶⁴⁷ “Konunun niteliği ve kapsamı gözönüne alındığında kamu iktisadi teşebbüslerinin statüsünü etkileyen bu önemli ayrımın Yasakoyucu tarafından yapılması, tamamlayıcı çalışmaların ise Yasakoyucu tarafından belirlenen ölçütlere göre yönetime bırakılması amaca uygun düşmektedir” (E.1990/12, K.1991/7, k.t.4.4.1991, **AMKD**, sy.27/1, s.223; **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/13-4,5).

⁶⁴⁸ AM., E.1990/4, K.1990/6, k.t.12.4.1990, **AMKD**, sy.26, s.134, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 59/1

Karardaki bu gerekçede, yasakoyucunun, kamu hizmetlerinin hem kurulmasında hem de örgütlenmesinde (düzenlenmesinde) yetkili olduğu sonucu bulunduğu gibi, örtük olarak, Anayasa'nın kimi hizmetleri ve örgütlenme biçimlerini zorunlu kıldığı saptaması da yer almaktadır. Zira, Anayasa Mahkemesi, yasakoyucunun yetkisini, kamu hizmetinin kural ve ilkelerinin Anayasa'da düzenlenmemiş olması haliyle sınırlamaktadır. Anayasada bir belirleme olmadığı durumlarda yasakoyucunun takdir yetkisi bulunacaktır.

Yasakoyucunun kamu hizmetlerini kurma yetkisi, Anayasa Mahkemesi'ne göre, kamu hizmetinin geçerli ölçütü olarak "yasakoyucunun iradesi"nin kabulünü de gerektirmektedir.

“Kamu hizmetlerini belirlemenin geçerli ölçütünün onu kuranların başka bir anlatımla yasa koyucunun iradesi ile bütünleştiği izlenmektedir.”⁶⁴⁹

“Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir.”⁶⁵⁰

Kararlara göre, kamu hizmetini kuran yasakoyucudur, bu nedenle kamu hizmetinin geçerli ölçütü de onun iradesidir. Sübjektif iradeci bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu yaklaşım Anayasa Mahkemesi'nin daha sonra, özellikle enerji konusunda verdiği kararlarda benimsediği objektif yaklaşımla çelişmektedir. Bu kararlar aşağıda değerlendirilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin özelleştirmeye ilişkin kararlarında da, özelleştirmeye karar verme yetkisinin yasama organında bulunduğu sonucuna varılmıştır. Çıkan iptal kararlarının tamamı, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlali gerekçesine dayanmaktadır. Bu kararlara aşağıda değinilecektir.

Genel kural, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak faaliyetlerin kamu hizmeti olarak üstlenilmesi yetkisinin yasama organında bulunması olmakla birlikte,

⁶⁴⁹ AM., E.1990/12, K.1991/7, k.t.4.4.1991, **AMKD**, sy.27/1, s.223; **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/13-4,5

⁶⁵⁰ AM., E.1985/2, K.1985/2, k.t. 28.11.1985, **RG**, 21.1.1986, sy. 18995, s.42

Anayasa'nın, bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olarak örgütlenmesi gereğini öngörmüş olması da mümkündür. Özellikle anayasa mahkemesinin, yasaların yargısal denetimini yaptığı bir sistemde Anayasa'nın yorumundan çeşitli “anayasal kamu hizmetleri” türetmek mümkündür.

C. İstisnalar

1. Anayasal Kamu Hizmetleri

“Anayasal kamu hizmetleri” terimi, Fransız hukuku kaynaklıdır.

Fransız Anayasa Konseyi'nin, özelleştirmeler vesilesiyle 1986 yılında verdiği bir kararında, kimi kamu hizmetlerinin anayasal değerde kurallardan doğduğunu belirtmesi üzerine, Fransız hukuk öğretisi yeni ortaya çıkan durumu kavramsallaştırmak için “anayasal kamu hizmetleri (*service public constitutionnel*)” terimini kullanmıştır. Kararda anayasal kamu hizmetleri terimi yer almamaktadır.

Fransız Anayasa Konseyi, 25-26 Haziran 1986 tarih ve 207 sayılı sözkonusu kararında, “*gerekliliği anayasal değerde ilke ve kurallardan kaynaklanan ulusal kamu hizmetleri*” kavramına başvurmuştur. Daha sonra, iki kararda daha aynı kavram kullanılmıştır (18 Eylül 1986-217 kararında “*anayasal nitelikteki düzenlemelerde temelini bulan kamu hizmeti*”; 7 Ocak 1988-232 kararında “*Anayasa tarafından gerekli kılınan (exigé) kamu hizmeti*”).⁶⁵¹

Karar özelleştirme yasasına ilişkindir. Yasa, bir liste vererek hükümet tarafından özelleştirilecek kamu hizmetlerini belirlemiştir. Anayasa Konseyi'ne göre, “*anayasal değerdeki ilke ve kurallardan kaynaklanan belirli ulusal kamu hizmetleri*” ve “*varlığı ve işleyişi Anayasaca zorunlu kılınan kamu hizmetleri*” devletin egemenliğinden (*maîtrise*) çıkarılarak özel sektöre devredilemez. Koyduğu ilkeleri

⁶⁵¹ Bkz. Pierre Espuglas, “A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996, Les telecommunications: un nouveau service public constitutionnel”, **RA**, sy.293, 1996, s.510

somut olaya uygulayan Anayasa Konseyi, incelediği özelleştirme yasası kapsamında bu tür bir hizmetin bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Fransız Anayasa Konseyi'nin bu içtihadından sonra, öğretide “anayasal kamu hizmetleri” kategorisinin kapsamı tartışılmıştır. Fransız yazınında hukuki bakımdan bir kriz içinde olduğu savunulan kamu hizmetinin “bulunmaz kategorilerine bununla bir yenisinin daha eklendiği” saptaması yapılmaktadır.⁶⁵²

Anayasal kamu hizmetlerini, diğerlerinden ayıran en temel özellik, Anayasa Konseyi'nin içtihadının sonucuna göre, özelleştirilememeleri, özel kesime devredilememeleridir. 25-26 Haziran 1986 tarihli kararın 53. paragrafına göre, “*kimi ulusal kamu hizmetlerinin gerekliliği anayasal değerde ilke ve kurallardan kaynaklanabilir; ulusal kamu hizmeti olarak kurulması gereken diğer faaliyetlerin belirlenmesi, duruma göre, yasakoyucunun veya yürütme organının takdirindedir; buna göre, Anayasa zorunlu kılmadan bir faaliyetin yasakoyucu tarafından kamu hizmeti olarak kurulmuş olması bu faaliyetin özel kesime devrine engel olmaz.*”⁶⁵³ Karardan, anayasal değerde ilke ve kurallardan kaynaklanan kamu hizmetlerinin, anayasa değişikliği yapılmadan özel kesime devredilemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Kararda özel kesime devredilemeyecek anayasal kamu hizmetleri kategorisi yaratılmış olmakla birlikte, bunun kapsamı belirlenmemiştir. Ne mevzuatta ne de içtihatla nelerin anayasal kamu hizmeti olduğuna ilişkin bir belirleme bulunmaktadır. Ancak ilgili kararların ilkinde, nelerin anayasal kamu hizmeti olmadığına ilişkin bir sonuç bulunmaktadır. Nitekim inceleme konusu yasanın listesinde özelleştirme kapsamına alınan, çoğu bankacılık ve sigorta sektöründe faaliyet gösteren 65 kuruluşun gördüğü hizmetlerin “*anayasa tarafından zorunlu kılınmış hizmetlerden*

⁶⁵² Louis Favoreu, Loïc Philip, **Les grandes décisions du Conseil constitutionnel**, 8.B., Paris, Dalloz, 1995, s.662; Esplugas da kamu hizmetlerinin anayasallaştırılmasını, Avrupa'daki liberalleşme çabaları karşında, yerinde olmayan bir savunmacı tepki olarak değerlendirmektedir. Pierre Esplugas, “La constitutionnalisation du service public: un tigre de papier?”, **RA**, sy.290, s.162

⁶⁵³ Karar metni için bkz., Favoreu, Philip, **Les grandes décisions du Conseil constitutionnel**, s.647

olmadığına” karar verilmiştir (karar paragraf 54). Buradan, genel sınai veya ticari kamu hizmetlerinin kapsam dışında olduğunu, anayasal kamu hizmetleri kategorisinin esas olarak klasik (idari) kamu hizmetleriyle ilgili olduğu sonucuna varılabilir.

Fransız öğretisinde anayasal kamu hizmetlerinin iki kaynağı olduğu savunulmaktadır: Ulusal egemenliğin kullanıldığı kamu hizmetleri ve Anayasa’daki isteme hakları (iktisadi ve sosyal haklar, *droit créances*).⁶⁵⁴ Özellikle devletin egemenlik yetkisini kullanmasının aracı olan, ulusal savunma, dış ilişkiler, adalet ve iç güvenlik birinci kapsamdadır. Ayrıca kararda, Fransız Anayasası’na dahil olan 1946 Anayasası başlangıcının 9. paragrafından yer alan “*işletilmesi milli bir kamu hizmeti ya da fiili bir tekel niteliğinde olan ya da bu niteliği kazanan işletmeler ve mallar toplumsal mülkiyet konusu olur*” hükmü de kullanıldığından, kimi yazarlara göre, eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik de anayasal kamu hizmetleri kapsamında değerlendirilmelidir.⁶⁵⁵

Anayasal kamu hizmetlerinin kapsamı bu şekilde geniş yorumlanırsa, bu durumda bir ayrıma gidilerek özelleştirilememe özelliğini sadece devletin egemenlik yetkisini kullanmasının aracı olan hizmetlerle sınırlamak gereği doğacaktır.⁶⁵⁶ Buna göre, anayasal kamu hizmetleri arasında da bir ayrıma gidilmektedir. Anayasal kamu hizmetlerinin kapsamı genişletildiği oranda devredilemezlik özelliği zayıflayacaktır. Öğretide, ilk tür anayasal kamu hizmetlerinin de (devletin egemenlik yetkisini kullanmasının aracı olan hizmetler), devletin denetim imkânı korunduğu sürece özel kişilerce yerine getirilebileceğini savunanlar bulunmaktadır.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Pierre Esplugas, **Conseil Constitutionnel et service public**, Paris, LGDJ, 1994, s.25

⁶⁵⁵ Morand-Deville, **Cours de Droit Administratif**, s.480

⁶⁵⁶ Favoreu, Philip, **Les grandes décisions du Conseil constitutionnel**, s.664

⁶⁵⁷ Esplugas, **Conseil Constitutionnel et service public**, s.28-29

Devletin egemenlik yetkilerini kullandığı, ilk tip anayasal kamu hizmetlerinin neler olduğunu araştıran Esplugas üçlü bir ayrıma gitmektedir.⁶⁵⁸ Kamu düzenini ve güvenliğini sağlayan hizmetler (adalet hizmetleri, polis, adli polis, ordu, hapishane hizmetleri), devletin mali ve iktisadi özerkliğini sağlayan hizmetler (para basma, vergi toplama) ve devletin diğer devletler karşısında bağımsızlığını sağlamaya yönelik hizmetler (diplomasi hizmetleri, siyasi sığınma kabul hizmetleri). Esplugas kökeninde iktisadi ve sosyal hakların bulunduğu kabul edilen ikinci tip anayasal kamu hizmetlerini de ulusal ekonomiyi korumaya yönelik hizmetler (millileştirme, telekomünikasyon, ulaşım ve enerji), entelektüel yaşamı korumaya yönelik hizmetler (ücretsiz ve laik eğitim⁶⁵⁹) ve maddi koşulları korumaya yönelik hizmetler (sağlık hizmetleri,⁶⁶⁰ sosyal güvenlik) olarak üçlü bir ayrıma tabi tutarak somutlaştırmaya çalışmaktadır.⁶⁶¹ İkinci tip anayasal kamu hizmetleri devletin tekelinde olmadığı gibi, bunlar için devredilemezlik de geçerli değildir.

Anayasal kamu hizmetleri kategorisinin kabul edilmesiyle, kamu hizmetlerini kurmada yasakoyucunun genel yetkisinin yanısıra, anayasakoyucunun yetkisi de devreye girmektedir. Esplugas, anayasal kamu hizmetlerinin, kamu hizmetinin sübjektivist anlayışını zayıflattığını, anayasallaşmanın kamu hizmetlerine nesnellik getirdiğini, bununla da Duguit'nin yüzyıl başında savunduğu -kuranların iradesinden bağımsız- nesnel kamu hizmeti anlayışına yaklaşıldığını savunmaktadır.⁶⁶²

Anayasal kamu hizmetleri kategorisi, anayasakoyucunun iradesini ön plana çıkarmaktan ziyade, yasaları denetleme ve dolayısıyla anayasayı yorumlama tekeline

⁶⁵⁸ **Ibid.**, s.40 vd.

⁶⁵⁹ Fransa'da düşünce özgürlüğü nedeniyle, tüm okulların kamu okulu olamayacağı, devlet okullarının yanısıra özel okulların varlığının da zorunlu olduğu kabul edilmektedir. **Ibid.**, s.65-70

⁶⁶⁰ Eğitimden farklı olarak sağlık ihtiyaçlarının karşılanmasında özel kesimin anayasaca korunan bir alanı yoktur aksine minimum bir kamusal hizmet anayasa gereği zorunludur. **Ibid.**, s.71

⁶⁶¹ **Ibid.**, s.57 vd.

⁶⁶² **Ibid.**, s.36-37

sahip bir mahkemenin bulunduğu sistemde, anayasa mahkemesinin iradesini ön plana çıkaracaktır. Zira, anayasal kamu hizmetleri, anayasada açıkça düzenlenmiş hizmetler değildir, kurucu bir yorumlamayı gerektirmektedir. Bunun tekeli de anayasa mahkemesinin elindedir.

Ülkemizde “anayasal kamu hizmetleri”ne ilişkin doğrudan bir içtihat bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin kurulduğu tarihten beri geliştirdiği, devletin görevlerini kamu hizmetleriyle eşitleyen içtihadı ve belki de bundan mülhem, Örüçü’nün ve Bilgen’in benzer görüşleri⁶⁶³ adı konmadan da olsa “anayasal kamu hizmetleri” kategorisinin hukukumuzda da bulunduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin 1969 yılına ait bir kararında, devletin görevleriyle kamu hizmetleri arasında dolaylı şekilde bağlantı kurulmuştur.

“Devletin görevlerinin eskisine göre çok değişik alanları ilgilendirmesi ve özellikle bugünkü devlete birçok iktisadi görevler yükletilmiş bulunması Devletin, yalnızca ülkede disiplini sağlamakla görevli bulunduğu çağlardaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ile bugün Devletin birçok iktisadi görevlerinin de bulunduğu çağdaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları birbirinin benzeri olamaz.”⁶⁶⁴

21.6.1979 tarihli madenlerin devletleştirilmesine ilişkin kararında ise devletin görevleri ile kamu hizmetleri eşitliği açıkça kurulmuş ve bir konunun Anayasa’da devletin görevleri arasında sayılmış olması, bu konunun kamu hizmeti niteliğinde olduğunun kanıtı sayılmıştır.

⁶⁶³ Örüçü’ye göre “sosyal haklar ve ödevler bölümündeki her sosyal hakkı karşılayan bir sosyal kamu hizmeti kurulması zorunlu(dur).” Esin Örüçü, “Sosyal Kamu Hizmeti”, **İÜHF**, c.XXXVI, sy.1-4, 1970, s.226; Pertev Bilgen, “Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme”, **AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, c.3, sy.5, Aralık 1995; Anayasadaki haklar ile kamu hizmetleri arasında ilişki kuran bir başka görüş için bkz. Kenan Bulutoğlu, “Anayasanın İşlevi ve Temel Kamu Hizmetleri”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar Semineri**, İstanbul, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, 1982, s.363

⁶⁶⁴ AM., E.1967/41, K.1969/57, k.t.23 -25.10.1969, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 71/12-a, **AMKD**, sy.8, s.18-113

“Anayasa’nın 130. maddesiyle Devletin hüküm ve tasarru fu altında olduğu açıklanan doğal zenginlikler ve kaynaklarının aranması ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması, Anayasa Koyucunun bu işleri ‘kamu hizmeti’ niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır.”⁶⁶⁵

Mahkemenin yorumuna göre, bir faaliyetin Anayasa’da devletin görevi olarak düzenlenmiş olması, o faaliyetin kamu hizmeti olduğunu gösterir. Anayasa Mahkemesi’nin bu yorumunu benimsersek, Anayasa’yı esas alarak bir kamu hizmeti envanteri çıkarmak mümkün olacaktır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi bir “anayasal kamu hizmetleri” kategorisi yaratmıştır. Yerine getirilmesi anayasa gereği devletin görevi sayılan faaliyetler kamu hizmetidir; bu tip kamu hizmetlerinin kurulup faaliyete geçirilmesi anayasal zorunluluk sayılmalı; tasfiyesi (ortadan kaldırılması) Anayasa’daki devlete yüklenen ödev ortadan kaldırılmadıkça mümkün olmamalıdır.⁶⁶⁶

Öğretide devletin görevleriyle kamu hizmetleri arasındaki bağlantı Bilgen tarafından kurulmaktadır. Bilgen kamu hizmetlerini kurma yetkisine “yasakoyucunun iradesi”nin yanına “anayasakoyucunun iradesi”ni de eklemektedir: “bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığına her zaman ve yalnız kanun koyucu karar vermemektedir. Bazı faaliyetlerin kolektif bir ihtiyacı tatmin etmek suretiyle kamu yararını sağlayacağına, kamu hizmeti olduğuna bunun için bir idari örgüt kurulmasına bazı kereler Kurucu Meclisler (Anayasa Koyucu) karar verir.”⁶⁶⁷

⁶⁶⁵ AM., E.1979/1, K.1979/30, k.t.21.6.1979, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 72/1, **AMKD**, sy.17, s.216-265; Ayrıca Anayasa Mahkemesi, devlete yüklenen sosyal ve ekonomik ödevlerin hayata geçirilebilmesi için sözkonusu alanlardaki özel girişimlerin de kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi kılınabileceğini zira bu alanların kamusal nitelikte olduğunu kabul etmektedir. “Anayasa’nın 42. maddesi, özel okulları, ‘eğitim ve öğretimin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı’ genel kuralının dışında tutmamış, ... milli eğitim hizmetlerinin kamu gücünün etkin bir düzeyde kullanılmasını gerektiren işlerden olduğunu belirterek onun kamusal niteliğinin korumak istemiş(tir)...” (E.1990/4, K.1990/6, k.t.12.4.1990, **AMKD**, sy.26, s.135, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 59/1).

⁶⁶⁶ Bu yorumdan, kurma ve faaliyete geçirme yönteminin mutlaka emanet olduğu sonucu çıkarılamaz. Anayasa’da aksi düzenlenmedikçe hizmet, mutlaka idarenin kendi örgütü aracılığıyla sağlanmak zorunda değildir, kamu, gerekli gözetim, denetim ve strateji belirleme işlevini sürdürerek sözkonusu hizmeti bu çerçevede özel kesime de gördürebilir.

⁶⁶⁷ Bilgen, “Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme”, s.14

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktardığımız 21.6.1979 tarihli kararını değerlendiren Bilgen'e göre, "anayasalar da bazı faaliyetleri devletin görevleri arasına alabilirler, onların kamu hizmeti olarak yürütülmesine karar verebilirler. Bu faaliyetler artık mahiyetleri itibariyle olmasa bile, bu Anayasa hükmü sebebiyle kamu hizmetleridir. Örneğin, 1961 Anayasası'nın 48, 49 ve 50 inci maddeleri ile, sosyal güvenlik, sağlık ve konut, eğitim ve öğretim faaliyetleri birer sosyal kamu hizmeti olarak devletin görevleri arasında sayılmıştır. Bu Anayasa hükümleri sebebiyle, artık Kanun Koyucuya düşen görev, sözkonusu kamu hizmetlerini kurmak ve işletmekten ibarettir."⁶⁶⁸

Bilgen konuyu sosyal kamu hizmetleri bağlamında ele aldığı yazısında 1982 Anayasası'nın 65. maddesindeki "*devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*" hükmünü, devletin zamanlama, yer ve kapsam belirleme konusunda bir takdir yetkisi şeklinde yorumlamakta, bunun "belli bir planlama çerçevesinde Anayasa'da düzenlenen kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek zorunluluğunu" kaldırmadığını savunmaktadır. Ayrıca Bilgen'e göre, "1982 Anayasasının kurulmasını ve işletilmesini öngördüğü sosyal kamu hizmetlerinden bir çoğu Anayasa kabul edildiği tarihte kurulmuş ve işlemekte idi. Bu sebeple, Kanun Koyucu Anayasa'nın 65. maddesinin kendisine tanıdığı takdir yetkisini ileri sürme olanağını kaybetmiş bulun[maktadır]."⁶⁶⁹

Anayasal kamu hizmetlerinin kategorisinin varlığı kabul edilse bile, bu hizmetlerin devletten talep edilebilirliği, zorunluluğu Anayasa'nın 65. maddesi karşısında tartışmalıdır.

Devletin olanaklarının sınırlılığı gerekçesi nedeniyle anayasal kamu hizmetleri "zorunlu kamu hizmetleri" niteliğini kazanamamaktadır. Fransız hukukunda, en azından devletin egemenlik yetkisini kullandığı, birinci tip anayasal kamu hizmetleri

⁶⁶⁸ Pertev Bilgen, "Kamu Hizmeti Hakkında", **İHİD**, Mart 1980, s.113

için kabul edilen, özel kesime devredilemezlik özelliğinin, hukukumuzda kabul edildiğini ilişkin herhangi bir içtihat bulunmamaktadır. Saptanacak anayasal kamu hizmetlerinin devlet tekelinde olduğuna, özel sektöre kapalı bulunduğuna ilişkin bir kural da bulunmamaktadır. Bu bağlamda hukukumuzda “anayasal kamu hizmetleri” kategorisinin kabulünün pratik sonucu, özellikle, özel sektör tarafından da yerine getirilen kimi faaliyetlerin, kamu hizmeti niteliğine ilişkin açıklık getirmesi olabilir. Neler kamu hizmetidir sorusuna Anayasa’dan yola çıkılarak yapılan bir değerlendirmeye yanıt verilebilir. Ancak özellikle 1982 Anayasası’nın yazımının özensizliği ve tüm toplumsal faaliyetleri kuşatma gayreti düşünüldüğünde, Anayasa’nın yorumlanmasıyla her türlü faaliyetin kamu hizmeti olarak değerlendirilebileceği de açıktır.

Kamu hizmetlerinin kurulmasında zaman zaman idari yargının (ve anayasa yargısının) da devreye girdiği görülmektedir. Fransa’da idari yargının, kimi zaman görevli olduğuna karar verirken, uyuşmazlık konusu faaliyetin, yasakoyucunun ve idarenin sözkonusu faaliyeti böyle nitelemiş olmamasına karşın kamu hizmeti niteliği taşıdığına hükmetmesi, yeni bir kategorinin, “olası (virtuel) kamu hizmetleri” kategorisinin doğmasına yol açmıştır.

2. Olası (virtuel) Kamu Hizmetleri

Bir faaliyet, yasakoyucu veya idare tarafından kamu hizmeti olarak nitelenmemiş olmasına rağmen idari yargı tarafından kamu hizmeti olarak tanımlanmış olabilir. İdari yargının kamu hizmeti olarak nitelenmemiş faaliyetin kamu hizmeti olduğuna karar vermesi, görev alanını genişletmesi amacını taşımaktadır. Böylece faaliyet ortak yargı düzeninden, idari yargı düzenine aktarılmakta ve tabi olduğu hukuki rejim de ağırlıklı olarak ortak hukuktan kamu hukukuna dönüşmektedir.

⁶⁶⁹ Pertev Bilgen, “Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme”, **AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, c. 3, sy.5, Aralık 1995, s.13

Bir faaliyetin idari yargı tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin, hukuki rejim değiştirmek gibi, somut kurucu sonuçları olmaktadır. İdari yargı, kamu hizmetlerinin kurulmasına bu şekilde katılmaktadır.

Yasaların yargısal denetiminin bulunduğu sistemimizde benzer bir işlevin Anayasa Mahkemesince yerine getirildiği de görülmektedir.⁶⁷⁰ Kimi faaliyetler yasakoyucu tarafından herhangi bir nitelemeye tabi tutulmamasına karşın, Anayasa Mahkemesi tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir. İdari yargının, önüne gelen dava vesilesiyle tekil faaliyetler hakkında karar vermesine karşılık, Anayasa Mahkemesi, bir faaliyet alanını kamu hizmeti olarak niteleyebilmektedir. İdari yargı kararının, faaliyetin hukuki rejimini değiştirme gibi somut ve doğrudan sonuç doğurmasına karşılık, bir faaliyet alanının Anayasa Mahkemesince kamu hizmeti olarak nitelenmesi, ancak kararın gerekçelendirilmesinde bir mantıki aşama olmakta, faaliyetlerin hukuki rejimi üzerine, kural olarak, doğrudan etki yapmamaktadır.

Olası (*virtuel*) kamu hizmeti kavramı, Fransız Devlet Şurası'nın, 1944 ve 1948 yıllarına ait iki kararında vardığı sonuçlardan doğmuştur. Kararlarda bu terim kullanılmamıştır. Bu kavram, bazı özel faaliyetlerin, idare veya yasakoyucu tarafından kamu hizmeti sayılmamış olsa bile nitelikleri gereği potansiyel kamu hizmeti olarak değerlendirilebileceği düşüncesine dayanmaktadır. Bu düşüncenin temelinde de kamu hizmetinin, kurucu hukuki iradenin dışında bağımsız, nesnel bir doğası olduğu anlayışı bulunmaktadır.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Tan, Danıştay'ın olası kamu hizmetleri görüşünü benimsediğini, Anayasa Mahkemesi için ise bunu söylemenin güç olduğunu belirtmektedir. Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", **Anayasa Yargısı**, sy.8, 1991, s.237

⁶⁷¹ 1961 yılında Fransız Devlet Şurası başkanı Latournerie ile, kamu hizmeti anlayışının savunusu niteliğindeki uzun makalesinin değerlendirilmesi bağlamında, polemiğe giren Waline, kamu hizmetinin ölçütünün yasakoyucunun iradesi olmadığının örneği olarak bu kararları ve olası kamu hizmetleri kategorisini göstermektedir. Marcel Waline, "Bibliographie: 'Latournerie, Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public'", **RDP**, 1961, s.712

Olası (*virtuel*) kamu hizmeti anlayışı, kamu hizmetinin objektivist anlayışına dayanmaktadır. Yani özel olarak görünen, fakat kamu yararını taşıyan faaliyetler olası kamu hizmetidir ve bu idari yargı kararıyla açığa çıkar.

İlk karar, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* (CE, 1944) kararıdır. İdari izinle kamu mallarını kullanan özel girişimlerin “kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi olacaklarına hükmedilmiştir. *Radio Atlantique* (CE, 1948) kararındaysa, radyo vericisi işleten kişinin faaliyeti kamu hizmeti sayılmıştır. Her iki karar da hükümet komiseri Chenot’nun görüşleri doğrultusunda verilmiştir.

Radio Atlantique kararında olay, onbeş yıla yakın bir süredir yayınlarını kesmiş bulunan bir radyo istasyonunun yayın izninin, Fransa’nın radyo dalga boylarının uluslararası anlaşmalarla sınırlandırıldığı ve bu nedenle ulusal dalga boylarının verimli kullanılması gerektiği gerekçesiyle iptal edilmesine ilişkindir. Buna karşı açılan davada Fransız Devlet Şurası, özel kişinin izinle yaptığı bu faaliyeti, hükümet komiseri Chenot’nun görüşleri doğrultusunda, kamu hizmeti olarak kabul etmiş ve “kamu hizmetinin yerine getirilmemesi durumunda idarenin müdahale yetkisinin bulunduğu” sonucuna varmıştır.⁶⁷²

Chenot’nun görüşüne göre “özel girişimin serbest faaliyetiyle tatmin edici koşullarda gerçekleştirilmeye elverişli olmayan kimi kamu yararı faaliyetleri, olası (*virtuel*) kamu hizmeti niteliği gösterir ve idarenin, kamu hizmeti yükümlülüklerine uygun, kamu mallarına ilişkin (*domaniale*) ruhsat aracılığıyla müdahalesiyle kamu hizmeti rejimine tabi tutulabilir. Bu durumda her türlü idari yürütüm ve her türlü imtiyaz dışında bir önizin sistemi kamu hukuku rejiminin temeli olabilir.”⁶⁷³ Chenot

⁶⁷² Karar metni için Gaston Jèze, “Entreprises privées industrielles ou commerciales soumises à un régime de service public”, **RDP**, 1948, s.251

⁶⁷³ Hükümet komiserinin görüşü için bakınız **Ibid.**, s.46,47; Olası (*virtuel*) kamu hizmetleri terimi Chenot’dan önce, farklı bir bağlamda da olsa Laroque tarafından kullanılmıştır. Yazara göre, idarenin özel kişiler tarafından karşılanmayan toplumsal ihtiyaçları karşılamak için giriştiği tüm faaliyetleri kamu hizmeti değildir; bu durumda sadece “olası kamu hizmeti”nden söz edilebilir; bunlardan sadece kamu hukuku usullerine tabi olanlar kamu hizmetidir. Aktaran Michel Degoffe, “A propos du service public virtuel”, **CJEG**, Décembre 1993, s.535/dpn 3

uyuşmazlık konusu olaydaki radyo dalga boylarının da bir kamu malı olduğunu, kamu malı aracılığıyla gerçekleştirilen radyo yayın faaliyetinin de kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi bulunduğunu ve süreklilik ilkesine uyması gerektiğini belirtmektedir.

Kamu yararını gerçekleştirme özelliği taşıyan özel girişimin varlığı ve faaliyetin kamu (alanı) malları üzerinde gerçekleşiyor olması “olası kamu hizmeti”nin iki koşuludur. Sonucu ise idarenin bu faaliyetleri yerine getiren özel kişilere kamu hizmeti yükümlülükleri yükleyebilmesidir.

İçtihadın önemi, idarenin kamu hizmeti sayarak bu iki koşulu taşıyan özel girişimlere kamu hizmeti yükümlülükleri getirebilmesi ve idari yargının görevli olmasıdır. Bu faaliyetler, özel girişimin normal koşullarında gerçekleşmez; idare fiyat tarifesi, faaliyet saatleri, belirli hizmetleri yerine getirme, sürekliliği sağlama ve kullanıcılara eşit muamele etme gibi çeşitli yükümlülükler getirebilir.⁶⁷⁴

Olası kamu hizmetleri, Jèze’in *Radio-Atlantique* kararına yazdığı notta özel kişilerin kamu hizmetlerini yerine getirmesi yöntemlerinden biri olarak değerlendirilmektedir. Jèze’e göre, Fransız kamu hukuku, uzun bir süre, kamu hizmetinin yerine getirilmesinin sadece iki yöntemi bulunduğunu kabul etmekteydi: *emanet* ve *imtiyaz*. Ancak Fransız Devlet Şurası’nın içtihadı, “*kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi özel girişim*” kategorisini ortaya çıkarmıştır. *Olası kamu hizmetinden* söz edilmektedir.⁶⁷⁵ İlk bölümde aktardığımız gibi Jèze, “düzenlenmiş girişim” kategorisindeki faaliyetleri kamu hizmeti saymamaktadır, ancak bu içtihatlardan sonra, sözkonusu durumu, “olası (virtuel)” da olsa kamu hizmeti olarak kabul etmiştir.

⁶⁷⁴ Bernard Chenot, “La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d’État”, **EDCE**, 1950, s.80

⁶⁷⁵ Jèze, “Entreprises privées industrielles ou commerciales soumises à un régime de service public”, s.244

Benzer şekilde, İdari Yargının Temel Kararları (GAJA) kitabının yazarları da kamu mallarını kullanan faaliyetler için ruhsat verilmesinin bu içtihatlarla “kamu hizmetinin örgütlenme yöntemleri” arasına sokulduğunu savunmaktadır.⁶⁷⁶

Olası kamu hizmeti kavramına yönelik en önemli eleştiri idarenin, özel girişimler üzerindeki kolluk denetimi ve buna dayanan ruhsat rejiminin, özel faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenmesi için yeterli sayılmasının, idareye kamu hizmeti yaratma yetkisi verdiğidir. Eleştiriye göre bu anlayış sürdürülürse, kamu hizmeti özellikle girişim özgürlüğü aleyhine sınırsız biçimde genişleyebilecektir.⁶⁷⁷

Kamu hizmetinin siyasi örgüt tarafından üstlenilmiş olma özelliği yani organik unsur bir kenara bırakılmakta ve maddi anlayış kamu hizmetini tanımlamada yeterli sayılmaktadır. İdarenin kolluk yetkisi ve kamu malları üzerindeki denetim yetkisi ile kamu hizmetleri üzerindeki yetkisi karıştırılmaktadır.⁶⁷⁸ Özel girişimlerin kamu düzenini sağlama gereğinden doğan birtakım yükümlülüklerle tabi olması, faaliyeti kamu hizmetine dönüştürmez. Kamu yararını sağladığı düşünülen özel girişimlere birtakım kamusal yükümlülükler getirilmesi için kamu hizmeti kavramına başvurulmasına gerek yoktur.⁶⁷⁹ Nitekim Fransız Devlet Şurası’nın 1940’dan önce de örneğin özel şehiriçi taşımacılık hizmetleri için idarenin izin verme, güzergah ve

⁶⁷⁶ **GAJA**, s.290

⁶⁷⁷ Olası kamu hizmetleri kavramının doğuşuna yol açan iki karar, öğretide özgürlükler bakımından olumsuz sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle ciddi tartışmalar yaratmıştır. Eleştirilerin temeli, bu içtihatla idarenin, yasakoyucunun devreye girmesine gerek kalmadan, bazı özel faaliyetleri kamu hizmeti olarak kabul edebileceği ve ruhsat usulüyle özel faaliyetlere sınırlamalar getirebileceği yönündedir. Bkz. Serge Regourd, “Le service public et la doctrine pour un plaidoyer dans le procès en cours”, **RDP**, 1987, s.35; Laubadère de eleştirilere katılmakla birlikte daha temkinli yaklaşarak, “kamu hizmetinin kurulması” ile “özel faaliyetin kamu hizmetine çevrilmesi” arasında bir ayrım yapılması gerektiğini, ikinci durum için idarenin kesinlikle yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir. Laubadère, “Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français”, s.595

⁶⁷⁸ Degoffe, “A propos du service public virtuel”, s.543 -4

⁶⁷⁹ Bu durumlarda “düzenleme”, “idari düzenleme” kavramları varken kamu hizmeti yükümlülükleri kavramına başvurulmasının gereksiz olduğu belirtilmektedir. Liet-Veaux, “La théorie du service public, crise ou mythe?”, s.262

durak belirleme gibi düzenleme yetkisinin bulunduğunu kabul eden kararları bulunmaktadır. Ancak bu kararlarda, kamu hizmeti kavramına değil kolluk yetkisine başvurulmuştur.⁶⁸⁰ Bir faaliyetin idare tarafından düzenlenme derecesinin, faaliyeti kamu hizmetine dönüştürmeye yettiği kabul edilirse, kamu hizmeti ile kolluk arasındaki geleneksel ayrımının zayıflayacağı da bir başka eleştiridir.⁶⁸¹

Günümüzde “olası” (virtuel) kamu hizmetleri anlayışının, artık geçerli olmadığı, kabul edilmektedir. Ancak neden artık geçerli olmadığına ilişkin açıklama da yapılmamaktadır.⁶⁸²

Kanımca olası kamu hizmeti içtihadının önemi, idareye kamu hizmetleri kurması imkânı tanınması değildir. İdarenin izin sistemiyle veya farklı biçimlerde, faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelmeden, toplumsal ihtiyaçları karşıladığı düşünülen özel faaliyetlere birtakım kamusal yükümlülükler getirmesi mümkündür. Kimi özel faaliyetlerin taşıdığı bu özellik, sözkonusu faaliyetlerin idari yargı tarafından kamu hizmeti olarak nitelenerek idari rejime ve yargıya tabi kılınması olanağını doğurmaktadır. Düzenlenmiş toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim faaliyetleri, düzenlenme derecesinin yoğunluğuna göre idari yargı tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilebilecektir. Sözkonusu içtihatlar konu olan olaylarda, idarenin düzenleme derecesini yoğunlaştıran, faaliyetin kamu malları aracılığıyla gerçekleşiyor olmasıdır.

Toplumsal bir ihtiyacı karşılayan, faaliyetini kamu malları aracılığıyla gerçekleştiren ve bu nedenlerle idare tarafından düzenlenmiş bir özel girişim, yargı tarafından kamu hizmeti olarak nitelenme “olasılığı (*virtualité; virtuality*)” taşımaktadır. Bu nedenle olası kamu hizmetinden söz edilmektedir.

⁶⁸⁰ Jean-Louis de Corail, “L’approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites”, **AJDA**, 1997, özel sayı, s.23-24

⁶⁸¹ L.Nizard, “A propos de la notion de service public: un juge qui veut gouverner”, **Recueil Dalloz**, Chronique, 25. Cahier, 1964, s.149

⁶⁸² Örneğin, Mescheriakoff. Olası kamu hizmetleri anlayışının günümüzde artık geçersiz olduğunu saptamakta, ancak herhangi bir gerekçe göstermediği gibi, içtihadı da atıf yapmamaktadır. Mescheriakoff, **Droit des services publics**, s.108

Sadece idari yargının değil, Anayasa Mahkemesi'nin de kimi faaliyet alanlarını kamu hizmeti olarak kabul ettiği görölmektedir.

3. Kamu Hizmetinin Kurulmasında Anayasa Mahkemesi'nin Rolü

Kamu hizmetlerinin kurulmasında genel yetkili organın yasakoyucu olduğunu, bunun ilk önemli istisnasının da, anayasal kamu hizmetleri kategorisi benimsenirse, anayasakoyucunun iradesi olduğunu yukarıda ele almaya çalışmıştık.

Anayasal kamu hizmetleri kategorisi, yine yukarıda belirttiğimiz gibi, kararlarında somut listeleme olmasa da, Fransız Anayasa Konseyi'nin içtihadı sonucu ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkememizin devletin Anayasa'da sayılan görevlerini kamu hizmetleriyle eşitleme yönündeki içtihadı da aynı bağlamda değerlendirilebilir.

Kamu hizmetlerinin kurulmasında Anayasa Mahkemesi'nin rolü devletin anayasal görevleriyle kamu hizmetlerini eşitleyen içtihadında açıkça görölmektedir.

Bunun dışında, Anayasa Mahkemesi'nin kimi faaliyet alanlarını, yasakoyucunun bu yönde bir değerlendirmesi bulunmamasına veya aksi yöndeki değerlendirmesine karşın kamu hizmeti olarak nitelediği görölmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Maden Kanunu'nda, yönetmelikle tespit edilecek görevleri yürütmek üzere kurulması öngörülen yeminli teknik büroların, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğuna karar verirken özel kişilerce kurulan yeminli teknik büroların yerine getirecekleri denetim ve gözetim hizmetlerinin kamu hizmeti olduğunu saptamıştır.

“Anayasa'nın 128. maddesi ‘Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiğı asli ve sürekli görevler, memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle görülür’ dediğıne göre kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmayan yeminli teknik büro personelinin mutlaka ‘memur’ veya ‘kamu görevlisi’ olması gerekir. Bu nedenle dava konusu 48. madde, Anayasa'nın

‘kamu hizmeti görevlileri’ ile ilgili 128. maddesinin ikinci fıkrasına da aykırıdır.”⁶⁸³

Kararda dikkat çeken nokta, kamu hizmetine maddi yaklaşımın benimsenmiş olmasıdır. Kamu idaresi içinde yer almayan, özel kişilerce kurulan yeminli teknik büroların, yerine getirecekleri denetim ve gözetim hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu Anayasa Mahkemesi’nce “*kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmayan yeminli teknik büro*” nitelemesiyle saptanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına tanınan yapı ruhsatı verme yetkisini kamu hizmeti olarak nitelemektedir.

“... yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğu, ... anlaşılmaktadır.”⁶⁸⁴

Anayasa Mahkemesi bir yıl sonraki kararında da yeminli mali müşavirlerin, mükelleflerin gelir gider kayıtlarının doğruluğunu ve mali mevzuat hükümlerine uygun işlendiğini, dolayısıyla beyan edilen vergi matrahının gerçek olduğunu onaylamak yetkisini kamu hizmeti olarak değerlendirmiştir.

“... yeminli mali müşavirler tarafından yapılacak bir tasdik işlemi, Bakanlıkça lüzum görülmedikçe Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliğine sahip olacaktır. Bu nedenle yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi ‘kamu hizmeti’ niteliğindedir.”⁶⁸⁵

Anayasa Mahkemesi, özellikle son dönem kararlarında, dava konusu düzenlemeyi de aşarak, kimi faaliyet alanlarını herhangi bir gerekçe göstermeden, kamu hizmeti olarak nitelemektedir. “*Anayasa ve Özelleştirme*” şeklinde bir başlık açarak özelleştirmenin anayasal dayanağı, hukuki araçları, yöntemleri ve ilkelerine ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerde bulunduğu, 3987 sayılı Özelleştirme Yetki

⁶⁸³ AM., E.1985/20, K.1986/30, k.t.24.12.1986, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/3.

⁶⁸⁴ AM., E.1985/11, K.1986/29, k.t.11.12.1986, **AMKD**, sy.22, s.458-459, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/4-a

⁶⁸⁵ AM., E.1986/5, K.1987/7, k.t.19.3.1987, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/5-a; **AMKD**, sy 23, s.133

Yasasına ilişkin kararında, kamu hizmeti sayılan alanlara ilişkin somutlaşmaya gitmektedir.

“Telekomünikasyon, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan kamu hizmetleri ...(s.270) Elektrik, su, telekomünikasyon gibi temel kamu hizmetleri ...”⁶⁸⁶

Enerji alanında özelleştirmeyi düzenleyen 3974 sayılı Kanun’un iptaline ilişkin, beş ay sonra verdiği, kararında da “*elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımının*” stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinden olduğu belirtilmiştir.⁶⁸⁷

Bir başka kararında da, eski bir kararına göndermede bulunarak aynı sonuca varmaktadır:

“Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, ‘... kişilerin su, elektrik, hava gazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir’ denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır.”⁶⁸⁸

Anayasa Mahkemesi, yap-işlet-devret yönteminin uygulanmasında idare ile özel girişimci arasında yapılacak sözleşmenin “imtiyaz teşkil etmeyeceği” yönündeki düzenlemeyi iptal ederken, yasada sayılan faaliyet alanlarının kamu hizmeti olduğuna karar vermiştir.

“Yasa’nın 2. maddesinde belirtilen köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.”⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ AM., E.1994/49, K.1994/45-2, k.t.7.7.1994, **AMKD**, sy.30, c.1, s.273

⁶⁸⁷ AM., E.1994/43, K.1994/42-2, k.t.9.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.293

⁶⁸⁸ AM., E.1994/43, K.1994/42-2, k.t.9.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.301

⁶⁸⁹ AM., E.1994/71, K.1994/23, k.t.28.6.1995, **AMKD**, sy.32, c.1, s.161; Anayasa Mahkemesinin kısaltarak aktardığı 2. maddenin I. fıkrası daha geniştir: “Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yer altı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve

Anayasa Mahkemesi'nin bazı faaliyet alanlarını açıkça kamu hizmeti olarak tanımlaması karşısında, yasakoyucunun bu saptamaları aşabilip aşamayacağı sorusu akla gelmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti olarak saptadığı alanların, kamu hizmeti niteliği taşımadığı yönünde bir düzenleme yapılabilir. Yasakoyucunun aksi yönde iradesi açık bir adlandırma yoluyla ortaya çıkmayabilir. Yasakoyucu Anayasa Mahkemesinin kamu hizmeti olarak tanımladığı alanlardaki faaliyetlerin hukuki rejimini, kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin dışına çıkararak, Mahkemenin içtihadıyla bir çelişki yaratabilir. Nitekim bu durum yaşanmış, enerji üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin özel kişilere kurdurulmasını veya işlettilmesini konu alan sözleşmelerin, “*özel hukuk hükümlerine tabi olduğu*” ve “*imtiyaz teşkil etmeyeceğini*” düzenleyen yasa kuralları Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu sonuca varırken kamu hizmetini belirlemesi gerekmiştir. Mahkeme, kamu hizmetinin kurulmasında yasakoyucunun tekeli görüşünden tam olarak kopmaktadır:

“Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. ... Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeler saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğun ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir (s.301).

... Anayasa yargısı alanında bir hizmetin ‘kamu hizmeti’, bir sözleşmenin de ‘imtiyaz sözleşmesi’ olup olmadığı yasaya değil niteliğine bakılarak saptanabilir.”⁶⁹⁰

Bu kararlardan sonra, Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetleri konusunda kurucu irade açıklayan bir birim olarak ortaya çıkmaktadır.

devredilmesi konularında yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.”

⁶⁹⁰ AM., E.1994/43, K.1994/42-2, k.t.9.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.305; Aynı yönde AM.,E.1994/70, K.1994/65-2, k.t.22.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.408-9

Kamu hizmetlerinin kurulması konusunda özellik gösteren bir diğer durum da yerel yönetimlerin, yerel kamu hizmetlerinin kurulmasındaki rolleridir.

4. Kamu Hizmetinin Yerel Yönetimlerce Kurulması

Yerel yönetimlerin sadece yerellikten kaynaklanan özgül birtakım hizmet alanlarına mı sahip olduğu, yoksa genel hizmetlerin coğrafi kesitini mi temsil ettikleri sorusunun yanıtı bunların kamu hizmeti kurma konusundaki yetkilerini aydınlatmamızda yararlı olacaktır. İl özel idarelerinin tipik yerel yönetim örgütlenmelerinden farklı karma yapısı ve fiili işlevsizliği nedeniyle açıklamalarımızda, aksi belirtilmedikçe, yerel yönetimlerle belediyeler kastedilecektir.

Yerel yönetimlerin görevleri, yerel kamu hizmetleri olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 5.1.1965 tarihli kararında köy tüzelkişiliğinin kanunda belirtilen görevlerini, kamu hizmeti saymıştır. Kararda “yerel kamu hizmeti” kavramı kullanılmaktadır.

“Topluca anlatılmak istenirse Bayındırlık, Sağlık, Milli Eğitim ve Sosyal Yardım işlerini kapsayan birer yerel kamu hizmeti olduğu söylenebilecek olan bu hizmetlerden bir kısmının Yasa koyucu tarafından zorunlu sayılması, bunların köy toplumunun ve dolayısıyla Türk Toplumunun çıkarlarını çok yakından ilgilendiren önemli ve hayati hizmetlerden olması bakımından bunların yapılmasının köy karar organının takdirine bırakılmak istenilmemiş ve herhalde yapılması zorunluğu öngörülmüş olmasından başka bir anlam taşımadığı açıktır.”⁶⁹¹

Anayasa Mahkemesi, daha önceki kararında da Anayasa ile devlete yüklenen görevleri kamu hizmeti olarak değerlendirmişti. Bu kararlardan bir kamu örgütüne anayasa veya yasalarla yüklenen görevler, kamu hizmetlerini oluşturur sonucuna varılabilir. Anayasal ve yasal görevler kamu örgütü için yerine getirilmesi gereken kamu hizmetleridir.

⁶⁹¹ AM., E.1963/198, K.1965/1, k.t.5.1.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2, s. 75/3-a, AMKD, sy.3, s.3-15**

Belediyenin görevleri ile kamu hizmetleri arasındaki bağlantının Danıştay tarafından da kurulduğu görülmektedir.

“3030 sayılı Yasanın 6. maddesi nin A-d fıkrasında ‘yolcu ve yük terminalleri, katlı otoparklar yapmak, yaptırmak, işletmek ve işlettmek’ büyükşehirlerin görevleri arasında sayılmıştır.

Anılan yasa hükmünde büyükşehir belediyelerinin görevleri arasında sayılan terminal işletmeciliğinin kamu hizmeti niteliğinde bulunduğu tartışmasıdır.”⁶⁹²

Anayasa’nın tanımlamasıyla yerel yönetimlerin varlık nedeni “*mahallî müşterek ihtiyaçların karşılanması*”dır (m.127/I).Yerel yönetimler, yerel halkın yerel ortak ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulmuştur.

Ülkemizde, örneğin İngiltere’den farklı olarak, merkezin birtakım hizmetleri görmek üzere (eğitim, sağlık, güvenlik vs.) yerel teşkilatı bulunduğuna ve iki hizmet birimi arasında görev çakışması düşünülmeyeceğine göre, yerel ortak ihtiyaçlar, merkezin yerel örgütüyle karşılamaya çalıştıklarından farklı bir kategoriye ifade etmektedir.

Tarihi kökenlerini bir yana bırakıp bugünün hukuksal mantığı ve düzenlemeleriyle değerlendirdiğimizde yerel yönetimler, merkezi devletin iradesiyle kurulan birimlerdir. Tarihsel gelişim süreci içinde değerlendirdiğimizde yerel yönetim örgütlenmelerinin, merkezi devleti önceleyen bir tarihi olduğu görülebilir. Ülkemizdeki merkezi devlet anlayışının baskın olmasının bir nedeni de yerelin etkisini kırarak modernleşmenin önündeki engelleri kaldırmaktır. İlke, tüm kuralların ve hizmetlerin merkezden üretilmesidir. Yerel yönetimler bu kuralın bir istisnasıdır.

Gerek yerel yönetimin ilk kez anayasal düzeyde düzenlendiği 1876 Anayasası’nda, gerek Cumhuriyet döneminde 1961 ve 1982 Anayasalarında yerel yönetimler, merkezin yasakoyucu aracılığıyla ortaya çıkan iradesiyle çevrilmiştir. Yerel yönetimlerin görevleri yasayla belirlenecektir. Yani yerel yönetimlerin karşılamak üzere kuruldukları “yerel ortak ihtiyaçlar” da yasayla belirlenecektir.

⁶⁹² AM., D10.D., E.1995/4326, K.1996/2769, k.t.21.5.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.771-772)

Anayasa'nın 127. maddesinin II. fıkrasına göre “mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.”⁶⁹³

Yerel yönetimlerin görev ve yetkilerinin düzenlenmesi konusundaki, yerel yönetimlerin yasayla yasaklanmamış ve başka yönetim birimlerine bırakılmamış olan bütün hizmetleri görmeye yetkili olduğu “genellik ilkesinden” farklı olarak ülkemizde görevlerin yasayla sıralandığı “liste ilkesi” benimsenmiştir.⁶⁹⁴ Ancak bunun yerel yönetim mantığıyla çelişikliği nedeniyle yaratacağı katılığı gidermek için, yasal düzenlemelere esneklik getirilmektedir.

Buna göre, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde belediyelerin görevleri uzunca bir liste halinde sıralanmıştır. 19. maddede ise yerel yönetimlere genel bir yetki devri yapılmaktadır. 19. maddenin I. bendine göre “belediye idareleri kanunun kendilerine tahmil ettikleri vazife ve hizmetleri ifa ettikten sonra belde sakinlerinin müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tesviye edecek her türlü teşebbüs atı icra ederler.”

Söz konusu hükümden yola çıkarak bazı idare hukukçuları, yerel yönetimlerin kamu hizmeti kurma imkânına sahip olduklarını savunmaktadır.

Duran'a göre, Anayasa'nın verdiği müşterek mahalli ihtiyaçları karşılama yetkisinden güç alarak “kuruluş kanunları çerçevesinde, görev, konu ve amaçları ile ilgili faaliyetleri tekel olmamak kaydıyla, kamu hizmetine dönüştürebilirler. Başka bir deyişle, mahalli idareler, kamu kurumlarından farklı olarak, kanundan açıkça yetki almadan da, kendi görev alanlarında, özel teşebbüsle birlikte çalışmak üzere,

⁶⁹³ 1876 Kanunu Esasisi m.112 “umuru belediye Dersaadet ve taşralarda bilintihap teşkil olunacak Devairi Belediye Meclislerle idare olunacak ve bu dairelerin sureti teşkili ve vezâifi ve âzasının sureti intihabı kanunu mahsus ile tâyin kılınacaktır.” 1961 Anayasası m.116/son “mahalli idarelerin ... görevleri, yetkileri ... kanunla düzenlenir.”

⁶⁹⁴ Yöntemler için bkz, Ruşen Keleş, **Yerinden Yönetim ve Siyaset**, 4.B., İstanbul, Cem Yayınevi, 2000, s.214

kamu hizmeti kurabilirler. Bu imkân mahalli idarelerin görevlerinin doğrudan doğruya Anayasa ile ve genel bir çerçeve içinde verilmiş olmasından çıkmaktadır.”⁶⁹⁵

Yayla’ya göre, “mahalli idarelerin kamu hizmeti kurabilmeleri de, kaynakta bir yasama işleminin bulunmasını gerektirir.”⁶⁹⁶ Ancak Yayla, aktardığımız düzenlemenin yeterli bir kaynak olup olmadığını değerlendirmemektedir. Derbil ise, yetkilendirme için yeterli bir düzenleme bulunduğunu düşünmektedir. Yerel yönetimlerin kamu hizmetleri kurmadaki bu yetkisi de yasaya dayanmakta; kamu hizmetinin yasayla kurulmasının farklı bir biçimi sözkonusu olmaktadır. Derbil’e göre, “kanunlar bazan bir idarî tüzelkişinin yapmakla görevli olduğu kamu hizmetlerini açıkça belirttikten sonra yapmağa yetki verdiği kamu hizmetlerini sınırlamağa lüzum görmez. Belediye kanunumuzda olduğu gibi. Belediye kanunumuzda belediyelerin -durumlarına göre- mecburi kamu hizmetleri belirtilmiş; ihtiyarî olanlardan da bir çokları sayılmış ise de kanunun ... maddesiyle daha başka kamu hizmetlerinin yapılmasına genel yetki verilmiştir. Genel yetki halinde dahi ihdas edilecek bir belediye kamu hizmetinin kanuna dayandığında şüphe yoktur. Çünkü kanun böyle bir genel yetki vermeseydi herhangi bir belediyenin başka bir kamu hizmeti ihdas edemiyeceği meydandadır.”⁶⁹⁷

Ancak aynı yazarların, kamu hizmetinin kurulmasında yasa çıkarılması gerekliliğini kanıtlamak için kullandıkları gerekçelerinin, yerel yönetimlerin kamu hizmeti kurması durumunda neden geçerli olmadığını değerlendirmeleri de gerekirdi.

Benzer bir çelişki de idarenin yasallığı ilkesinin açıkça kabulü ile yerel yönetimlere tanınan bu kurucu yetki arasında da bulunmaktadır. Hukukçularımızın üzerinde mutabık olduğu, “bizim sistemimizde idarenin özerk düzenleme yetkisinin bulunmadığı” görüşü şüpheli hale gelmektedir. Özellikle “...mahalli idareler ... kanundan açıkça yetki almadan da, kendi görev alanlarında ... kamu hizmeti

⁶⁹⁵ Duran, **İdare Hukuku**, s.314; aynı yönde, Gözüyük, Tan, **İdare Hukuku I**, s.443

⁶⁹⁶ Yayla, **İdare Hukuku**, s.68

⁶⁹⁷ Süheyp Derbil, **İdare Hukuku**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1959, s.453

kurabilirler” görüşünü savunan Duran, sistemimizde varolmadığını savunduğu özerk düzenleme yetkisini örtük olarak kabul etmektedir.

1580 sayılı Yasa’nın kamu hizmeti kurulması konusunda belediyelere yetki veren 19. maddesinin I. bendi, Anayasa’nın yerel yönetimlerin görevleri kanunla düzenlenir hükmünü öngören 127. maddesine ve kurulacak kamu hizmetlerinin, kamu tüzelkişiliği oluşturulmasını, kamu personeli çalıştırılabilmesini, kamu parası harcanmasını gerektirebileceği ve girişim özgürlüğünü kısıtlayabileceği düşünüldüğünde bu konuların yasayla düzenlenmesi gerektiği için de yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırıdır. Ancak bu durum, Anayasa’nın yerel yönetimleri düzenleme biçiminin kaçınılmaz bir sonucudur. Hem yerel ortak ihtiyaçları karşılamak üzere, seçilmiş karar organları olan yerel yönetimler oluşturmak, hem de bunların yapacakları görevleri, yerel alanın dışından yasayla belirlemek bir çelişkidir.⁶⁹⁸ Yasanın bu çelişkiyi giderebilmek için genel ve belirsiz tutulması ise bu kez yasama yetkisinin devredilmezliği kuralıyla bir çelişki oluşturacaktır.

Belediyelerin 1580 sayılı yasadan aldıkları yetkinin önemli bir sınırı bulunmaktadır. Belediyelerin yasada sayılanlar dışında kamu hizmetleri yaratabilmesi, ancak “...*kanunun kendilerine tahmil ettikleri vazife ve hizmetleri ifa ettikten sonra...*” mümkün olabilecektir. Sınırlama için, zorunlu hizmetler - isteğe bağlı hizmetler ayrımı da yapılmamıştır. Belediyeler, belde sakinlerinin müşterek ve medeni ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik kamu hizmetlerine, ancak yasanın kendilerine vermiş olduğu zorunlu ve isteğe bağlı görevleri yerine getirdikten sonra girişebilirler. Ancak yasada, bu sınırlamanın bir yaptırımını öngörülmemiştir.

Belediyelerin yasada açıkça sayılmayan kamu hizmetleri yaratması durumunda, bu hizmetin gerçekleştirebilmesi için, kamu hizmeti rejimine bağlı olan kamu gücü

⁶⁹⁸ Bu ihtiyaçları belirleme yetkisini yürütme organına veren (il özel idarelerinin görevli olduğu mahalli müşterek ihtiyaçların kapsamı ve sınırı Bakanlar Kurulunca tesbit olunur) yasa hükmü Anayasa Mahkemesi’nce 127. maddedeki yerinden yönetim ilkesine ve yasama

ayrıcalıklarından yararlanabilip yararlanamayacakları sorusu farklı içtihatlarla yol açmıştır.

Danıştay bir kararında belediyelerin, görevleri arasında açıkça sayılmayan kamu hizmetlerini de üstlenebileceklerine, kamu hizmeti yaratabileceklerine (kadın sosyal dayanışma merkezi) ve bu hizmeti yerine getirebilmek için de kamulaştırma yapabileceklerine karar vermiştir.

“Kadın sosyal dayanışma merkezi kurmak 1580 sayılı Belediye Kanununda belediyelerin görevleri arasında öngörülmemiş ise de, artan nüfu su, konumu, sosyal durumu değişen ve gelişen koşullar doğrultusunda kentin ihtiyaçları göz önünde bulundurulduğunda, belediyelerce de kadın sosyal dayanışma merkezi kurulabileceği ve bu amaçla kamulaştırma yoluna gidilebileceği sonucuna varılması doğru olacaktır.”⁶⁹⁹

Kararda, sözkonusu belediyenin, kadın sosyal dayanışma hizmetini üstlenmeden önce diğer görevlerini yerine getirmiş olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Yasanın getirdiği sınırlama tamamen kağıt üzerinde kalmış niteliktedir. “*Artan nüfusu, konumu, sosyal durumu değişen ve gelişen koşullar doğrultusunda kentin ihtiyaçları*” bu hizmetin üstlenilmesinin gerekçesi olarak yeterli sayılmış ve ek bir gerekçe gösterilmeden belediyenin, yeni yarattığı kamu hizmetinin ihtiyaçları için kamulaştırma yetkisi kullanabileceği sonucuna varılmıştır. Kamulaştırmanın temel koşulu “kamu yararı” bulunmasıdır. Zorunlu ve isteğe bağlı temel görevleri yerine getirmeden, yani yasa tarafından karşılanması gereken temel ihtiyaçları tatmin etmeden, belediyelerin yeni faaliyet alanlarında işlevler üstlenmesinde, her zaman kamu yararı bulunmayabilir. Örnek olaydaki faaliyetin, modern, sosyal dayanışmacı ve koruyucu niteliklerinden çıkan “olumlu” yönünün her durumda görülmeyebileceği açıktır.

6. Dairenin benzer bir diğer kararı da köy tüzelkişiliğine ilişkindir.

yetkisinin devredilemezliği kuralına aykırılıktan iptal edilmiştir. AM., E.1987/18, K.1988/23, k.t.22.6.1988, **AMKD**, sy.24, s.333-338

⁶⁹⁹ D6.D., E.1997/3697, K.1998/2219, k.t.24.4.1998, **DD.**, sy. 98, 1999, s.335

“... kamu yararı kararı kamulaştırma işleminin özünü ve temelini oluşturmaktadır. ... 442 sayılı Yasada köye ait işler yapılması zorunlu ve isteğe bağlı işler olarak ikiye ayrılmış, her gruptaki işler ayrı ayrı sayılmıştır. Ancak bu işler arasında ekmek fırını yapımı bulunmamaktadır. Yasada ekmek fırını yapımının sayılmamış olması bu işin yapılmayacağı anlamını taşımaz. Çünkü yapılması zorunlu ve isteğe bağlı olarak belirlenen görevler sınırlandırıcı nitelikte değil, köylüye ve köy idarelerine yol gösterici birer örnek teşkil etmek üzere yasada yer almıştır. ...Bu durumda, insanların temel gıdasını teşkil eden ekmeğin düzenli ve sağlıklı bir biçimde üretilerek köylüye iletilmesi amacıyla ekmek fırını yerinin sağlanarak hizmetin yürütülmesi köyün ve köylünün müşterek yararına olacağı, başka bir deyişle bu işin gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunduğu açıktır.”⁷⁰⁰

Danıştay’ın idari dairesi ise farklı bir sonuca ulaşmıştır. Buna göre, belediyeler, görevleri arasında açıkça sayılmayan kamu hizmetlerini üstlenebilseler bile bu hizmetleri gerçekleştirmek için kamulaştırma yapamayacaklardır.

“2982 sayılı Yasaya göre, kamu tüzelkişileri veya kurumları ancak yasalar gereğince yapmakla yükümlü bulundukları hizmetler için kamulaştırma yapmaya yetkilidir.

... belediye meclislerinin lüzüm ve ihtiyaç gördükleri takdirde belediyelerin mecburi hizmetleri arasında koyabilecekleri ihtiyari hizmetler arasında ucuz arsa üretmek görevi yer almamıştır.

Bu durumda, beldenin gelişmesine ayrılan yerlerde ucuz arsa üreterek yeni inşaat yapma isteyenlere satmak görevi belediyelerin kanunen yapmak zorunda bulunduğu hizmetler arasında yer almadığından ve kamu tüzelkişileri veya kurumları ancak kanunlar gereği yapmakla yükümlü bulundukları hizmetler için kamulaştırma yapabileceklerinden, sözkonusu taşınmazın Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesine göre devrinin istenilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.”⁷⁰¹

Bu karardan kamulaştırmanın belediyelerin sadece zorunlu görevleri için kullanılabileceği bir kamusal usul olduğu sonucu çıkmaktadır. Danıştay’ın kararına dayanak yaptığı Kamulaştırma Kanunu’nun 3. maddesinde “*idareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli*” olması durumunda kamulaştırma ayrıcalığını kullanabileceklerdir.

⁷⁰⁰ D6.D., E.1986/310, K.1986/559, k.t.28.5.1986, **DD.**, sy. 64-65, s.220

⁷⁰¹ D1.D., E.1997/155, K.1997/178, k.t.19.12.1997, **DD.**, sy. 96, 1998, s.35-7

Belediye Kanunu üç tip hizmet öngörmektedir. Zorunlu hizmetler, ihtiyari hizmetler ve yaratılan hizmetler. Danıştay'ın bu kararında kamulaştırma sadece birinci tip hizmetler için kullanılabilecek bir araç olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda Belediye Kanunu'nun öngördüğü ihtiyari belediye hizmetleri ile belediyelerin yaratacakları kamu hizmetleri, “*idarelerin, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerin*” den sayılmamakta ve önemli bir kamu gücü ayrıcalığından mahrum bırakılmaktadır. Danıştay'ın, belediyeleri, zorunlu ve ihtiyari olanlara ek olarak üstlendikleri kamu hizmetleri için önemli bir kamu gücü ayrıcalığından mahrum bırakma düşüncesinin ardında, yaratılan bu hizmetleri, Belediye Kanunu düzenleme sisteminin özelliğini gözardı ederek, “kamu hizmeti” olarak değerlendirmemesi yatmaktadır.

1580'nin kurduğu açık uçlu sistemden ve aktardığımız Danıştay kararlarından da anlaşıldığı üzere, yerel yönetimlerin kamu hizmeti kurması ile anayasaya hakim olan kapitalist ilke, yani girişim özgürlüğü arasında herhangi bir çelişki görülmemektedir. Özellikle sınai ve ticari nitelikteki yerel hizmetlerin gelişmesi karşısında, Fransız idare hukukunun verdiği tepki uzun süre engelleyici nitelikte olmuştur. Ülkemizde Danıştay içtihatlarında ve idare hukukunda böyle bir sınırlayıcı tepki gelişmemiş olmasına karşılık, siyasette, belediyelerin tanzim satış mağazaları kurması, belediye bakkallık yapmaz diye eleştirilmiştir. Bu teşebbüs, bir büyükşehir belediyesinin kurduğu en yaygın ve gelişkin tanzim satış mağazaları zincirinin özel teşebbüse satılmasıyla noktalanmıştır.

Yüzyıl sonunda (1890'lar) Fransız yerel yönetimlerinin, iktisadi ve ticari konularda kamu hizmetleri yaratması, “belediye sosyalizmi (*socialisme municipal*)” akımı olarak nitelenmişti.⁷⁰² Belediyelerce girişim özgürlüğünü kısıtladığı düşünülen kamu hizmetleri yaratıldığında, yerel vergi mükellefleri dava açma yoluna gitmişlerdi.⁷⁰³ İdari yargının girişim özgürlüğünü koruyucu kararları bu akıma tepki

⁷⁰² Jacques Fialaire, **Le Droit des services publics locaux**, LGDJ, 1998, Paris, s.35

⁷⁰³ Bu olayların bir önemi de idari yargıda *locus standi*'nin (husumet ehliyetinin) genişlemesine vesile olmasıdır. İlk olarak Fransız Devlet Şurası'nın *Casanova (CE, 1901)*

çerçevesinde gelişmiştir. Başlarda yargı kararları sınırlayıcı niteliktedir. Bunun tipik örneği Fransız Devlet Şurası'nın *Casanova* (CE, 1901) kararıdır. Bir belediyenin, maliyeti belediye bütçesinden karşılanan ve ücretsiz olarak herkesin yararlanacağı doktor muayenehanesi açma kararı, yerel vergi mükellefinin davası üzerine, “faaliyet gösteren iki doktor bulunduğu ve ancak istisnai durumlarda bu yola başvurulabileceği gerekçesiyle” iptal edilmiştir.⁷⁰⁴ Daha sonraki toplumsal gelişmelerin ve özellikle yerel hizmetlerin genişlemesine olanak sağlayan mevzuatın etkisiyle, içtihatla bir yumuşama görülmüştür. Temel içtihat *Chambre syndical du commerce en détail de Nevers* (CE, 1930) kararında oluşmuştur. Belediyenin hayat pahalılığıyla mücadele için gıda maddeleri satışı hizmeti üstlenmesi kararına karşı tüccarların açtığı dava reddedilmiştir. Buna göre, ticari faaliyetlerin kural olarak özel girişime ait olduğu, belediyenin bu faaliyetleri, ancak zamana ve yerine göre istisnai koşullarda, genel yarar gerektiriyorsa kamu hizmeti olarak üstleneceği kabul edilmiştir.⁷⁰⁵ Yani özel girişimin yetersizliği veya yokluğu sözkonusu olduğunda, kamu hizmeti kurularak toplumsal ihtiyaçların tatmin edilebileceği kabul edilmektedir.⁷⁰⁶ Günümüzde piyasa yetersizliği durumu bulunmasa bile, kamu yararı gerektirdiğinde yerel kamu hizmeti kurulabileceği kabul edilmekte; ayrıca özel girişimin yetersizliği veya yokluğu koşulu da esnek ve geniş yorumlanmaktadır.⁷⁰⁷

Fransa’da, yerel yönetimlerce özel girişimlerin yanısıra yaratılan kamu hizmetlerinin de rekabet kurallarına tabi olacağı kabul edilmektedir. Sınai veya ticari kamu hizmetleri için özel hukuk rejiminin benimsenmesine ek olarak, rekabet

Kararında, yerel vergi mükellefi olmanın, yerel yönetimlerin kararlarına karşı dava açabilmek için yeterli ilgi kurduğu kabul edilmiştir.

⁷⁰⁴ (*Casanova*, CE, 1901), **GAJA**, s.49

⁷⁰⁵ (*Chambre syndical du commerce en détail de Nevers*, CE, 1930) , **GAJA**, s.277.

⁷⁰⁶ Chapus, **Droit Administratif Général**, c.1, s.295

⁷⁰⁷ Örneğin, yerel yönetimin, buz üretimi yapması, tiyatro işletmesi, kamp, dişçi muayenehanesi, restoran, yüzme havuzu açması, ücretsiz hukuki danışma sağlaması yasal sayılmıştır. Örneğin, özel kasapların fiyatlarının düşmesini sağlamak için belediye kasabı açılması kararı iptal edilmemiştir (1933 *Zenard*, CE, 1933). İlgili içtihatlar için bkz. Carbajo, **Droit des services publics**, s.31-35

mevzuatı kamunun yaptığı mal ve hizmet üretim ve dağıtımını da kapsamına almıştır. Ayrıca Roma Anlaşmasının 90. maddesi de rekabete tabiiyet bakımından yerel yönetimleri kapsam dışında bırakmamaktadır.⁷⁰⁸

IV. KAMU HİZMETİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE KAMU-ÖZEL KESİM İLİŞKİSİ

Bu bölümde devletin kamu hizmeti olarak tanımladığı alanlarda, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimini nasıl gerçekleştirdiğini, idare hukuku açısından ele alacağız. Kamu örgütlenmesi tarafından kamu hizmeti olarak tanımlanmayan alanlardaki üretime, devletin düzenleyici ve destekleyici dışsal müdahalesi konumuz dışındadır.

Üretim ilişkilerinin ve genel olarak toplumsal ilişkilerin işleyiş güvenliğini sağlamak için özel faaliyetlerin düzenlenmesi, düzenlenmiş olan özel faaliyetleri, elbette sınır konular, karmaşık alanlar bulunmakla birlikte, kamu hizmeti alanına sokmaz. Örneğin, gayrisihhi işletmelerin açılabilmesinin belediyeden alınacak izin koşuluna bağlanmış olması bu özel üretim faaliyetine kamusal nitelik kazandırmaz.

Düzenlenmiş faaliyetler için söylediklerimiz, devlet tarafından teşvik edilmiş, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimi yapan özel faaliyetler için, teşvik tipi ve derecesine bağlı olarak, aynı oranda geçerli olmayabilir. Örneğin, bir özel girişime kamu gücü ayrıcalıkları tanınması, o girişiminin faaliyetinin kamu hizmeti alanına dahil edilmesinin göstergesi olabilir. Yeminli mali müşavirlere tanınan, inceleme ve kamu hukuku alanında sonuçlar doğuran tasdik yetkisiyle mali müşavirlerin bir meslek odası içinde örgütlenmesinin, faaliyetin saf özel girişim niteliğinde olmadığını göstermektedir. Bu tip ara alanların kamu hizmeti niteliğinde bulunduğunu çekincesiz söylemek mümkün değildir. Ancak faaliyetlerin, devlet tarafından, piyasanın kurallarından belirli oranlarda bağışık kılındığı da açıktır.

⁷⁰⁸ Turgut Tan, “Rekabet Hukukunun Uygulanma Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)”, **Rekabet Dergisi**, c.1, sy.4, 2000, s.31

Yapılacak nitelimenin önemi, bu tip faaliyetlerden, kamu hizmeti rejimine tabi olmalarının beklenip beklenemeyeceğidir. Tabi iseler bunun faaliyetlerin hangi yönleri için geçerli olduğunun saptanmasıdır. En basitinden, idari rejimi benimsemiş ülkelerde, bu tip faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal çözümünün idari yargıya ait olması, özel faaliyetlerin genel rejiminde farklılık yaratacaktır.

Kamu hizmeti olarak üstlenilen alanda, mal ve hizmet üretim faaliyetinin kimin tarafından ve nasıl yerine getirileceği sorusunun klasik yanıtı, doğrudan ve dolaylı yerine getirme ayırımına dayanmaktadır.

Devlet kamu hizmeti alanında, kimi mal ve hizmetlerin üretimi için, kamusal örgütler kurarak faaliyette bulunur ya da kamu hizmeti alanında, yakın gözetim ve denetimi altındaki özel kişilerin faaliyetleriyle toplumsal ihtiyaçların karşılanmasını sağlar. Birinci durum “emanet” yöntemi olarak adlandırılırken, diğer durumlar dolaylı yerine getirme başlığı altında toplanabilir.

Kamu hizmetlerinin iki yerine getirilme biçimi arasında, Fransız yazınında rastlanan, kapitalist yöntemler (imtiyaz) ile kolektivist yöntemler (emanet, kamu kurumları) ayrımı, Demichel tarafından, kendisi kapitalist olan devlette, kamu hizmetinin kolektivist yerine getirilme biçimleri olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁷⁰⁹ Ancak Demichel, emanet ve kamu kurumları gibi yöntemlerin kamu hizmetinin özel girişimlerce yerine getirilmesine göre daha ileri olduğunu da belirtmektedir.

Kapitalist-kolektivist yerine getirme yöntemi ayrımı, terimlerin tüm özelliklerini yansıtmamakla ve bu nedenle tam anlamıyla doğru olmamakla birlikte gerçek bir nitelik farkına da işaret etmektedir. Kamu hizmeti olarak tanımlanan alanda toplumsal ihtiyaçları karşılayacak üretimin, kamusal örgütlenme aracılığıyla doğrudan gerçekleştirilmesi, kolektivist olarak nitelenemese bile, bu üretimin özel girişimler aracılığıyla gerçekleştirilmesinden esaslı biçimde ayrılmaktadır. Kamu

⁷⁰⁹ André Demichel, **Grandes services publics et entreprises national**, Paris, Dalloz, 1974, s.58

hizmeti alanlarının ve bunun içeriğinin nihai olarak varolan üretim biçiminin gerekleriyle belirlendiği açıktır. Bu bağlamda, kullanılan yerine getirme yöntemi, nelerin kamu hizmeti olarak tanımlanacağı konusuna etki etmeyebilir. Ancak kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kullanılan yöntem, önemli iktisadi, toplumsal ve hukuki sonuçlar doğurur. Kamusal örgütçe doğrudan yerine getirilme durumunda, finansman kamusal niteliktedir ve faaliyet sonucunda ortaya çıkacak kâr yine kamu kesiminde kalır; kamusal finansman sayesinde kamu hizmeti, gerekirse kâr amacını ikinci plana atarak kamu yararı amacı güdebilir; kâr elde edildiği durumlarda bu yine kamu kesimi içinde kalacağı için, kamu hizmetlerinin genişlemesine, çapraz finansmanına katkıda bulunur. Kamu hizmetinin özel kesim tarafından yerine getirilmesi durumunda, faaliyetten kâr elde etmek temel amaçtır, aksi durumda özel girişiminin varlık nedeni ortadan kalkar; kullanıcılar her durumda özel girişimcinin kârını da ödemek zorundadır; girişimcinin elde ettiği kâr kamu kesimi içinde kalmadığından ve genellikle sermaye transferi yoluyla yurtdışına çıkarılabildiğinden, kamu hizmetlerinin gelişiminde hiçbir katkısı olmadığı gibi, yurtdışına aktarılma durumunda ulusal ekonomi için de katkı sağlamamaktadır. Kamu hizmeti üretiminden elde edilen toplumsal değer, yeniden kamu kesimine dönmeden kâr olarak özel girişimcinin malvarlığında kalmaktadır. Kamu hizmetlerinin özel kesim tarafından yerine getirilmesinin en önemli toplumsal sonucu, bireylerin hizmetler karşısındaki kullanıcı konumlarını terkederek, alım güçlerine göre varlık kazandıkları müşteri konumuna girmeleridir. Diğer bir önemli sonuç da kamu hizmetleri alanında faaliyet gösteren özel girişimlerin, ücretlerin düşürülmesi, sosyal güvencelerin ve işgüvencesinin azaltılması ve dolayısıyla çalışandan tüm insani ve sosyal maliyetlerine rağmen azami değer çıkarma konusunda, kârı ençoklaştırma amacıyla çekincesiz davranabilmeleridir.⁷¹⁰

⁷¹⁰ Örneğin özelleştirmeler sonrası sendikasızlaştırma ve işten çıkarma yaygın bir uygulamadır. Örnekler için bkz., Türk-İş, **1997 Yılı, 96'dan 97'ye Değişim Dinamikleri**, Ankara, Türk-İş, 1997, s.159

Hukuki bakımdan doğan temel sorun, idari rejimi benimsemiş bir sistemde, özel girişimcilerin kamu hizmeti alanında faaliyet üstlenmelerinin, özel hukuk kurumlarının idare hukukuna hızla girmesi ve idare hukuku bütünlüğünün dağılması sonucunu doğurmasıdır. Kamu hizmetleri alanında mal ve hizmet üreten özel girişimcilerin ihtiyaçları doğrultusunda, klasik olarak kabul edilen ilke ve kurumlara, kârı ve girişimcinin haklarını güvenceye alacak istisnalar getirilmektedir. Bunun en son örneği, ülkemizde, enerji kamu hizmeti alanında faaliyet gösterecek özel girişimlerin ihtiyaçları doğrultusunda, idari yargının görevine kapsamlı bir istisna getirilmesi olmuştur.⁷¹¹

Kamu hizmetinin yerine getirilmesinin iki farklı yöntemi arasındaki bu temel fark, bunlardan birinin seçimi konusunda bir tercihi beraberinde getirmez. İki temel yöntem arasındaki seçiş, siyasi bir tercih konusudur ve her siyasi tercih gibi sınıflar arası ve sınıf içi çekişmelerin, bürokratik çıkarlardan gelen tepkilerin de yer aldığı çatışmalı bir süreçte belirlenir.

Aşağıda konu ele alınırken, yerel yönetimler – merkezi yönetim ayrımı gözardı edilecektir. Kamu hizmetlerinin devlet tarafından doğrudan yerine getirilmesi denildiğinde, bunun öznesi merkezi idare de yerel idare de olabilir. Kamu hizmetlerinin özel girişimcilerce yerine getirilmesi dendiğinde de hizmet konusu genel kamu hizmetleri de yerel kamu hizmetleri de olabilir. Hukuki bakımdan yerel,

⁷¹¹ 13.8.1999 tarihinde Anayasa'nın 47., 125. ve 155. maddelerinde değişiklik yapılarak, kamu hizmetlerini konu alan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıması olanağı getirilerek idari sözleşme alanı ve imtiyaz sözleşmeleri için de tahkime gitme imkanı getirilerek idari yargının alanı daraltılmıştır. 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun” çıkarılmış; bu Kanun'un 5. maddesiyle hakem kararlarının tanıma ve tenfiz merci olarak Yargıtay ve asliye hukuk mahkemeleri gösterilerek imtiyaz sözleşmelerinde idari yargının müdahalesi iyice sınırlandırılmıştır. Kamu hizmetleri, idari yargı ve tahkim ilişkisi için bkz. Turgut Tan, “İdare Hukuku ve Tahkim”, **AİD.**, c.32, sy.3, 1999, s.3; Fransa'da idari uyuşmazlıklardaki tahkim yasağı ve sınırlı istisnaları için bkz. Yan Ladie, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim”, **Hukuk Kurultayı**, 2000, c.1, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2000, s.482

yetki alanlarının paylaşımı konusunda genel idarenin sınırlı bir coğrafyada tekrarından başka özellik taşımaz.

A. Kural: Kamu hizmeti - Kamu Faaliyeti - Kamu Hukuku Birlikteliği

İdare hukukunun kuruluş döneminde, kamu hizmeti, kamunun faaliyeti ve kamu hukuku unsurlarının birlikteliği ilke olarak benimsenmiştir. İdare hukukunun kurucu kararı olan, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Blanco* (TC, 1873) Kararında, hükümet komiseri David, idare ve kamu hizmetleri birliğini kurmuştur. Kamu hizmetleri, idare ve kamu gücü birliği *Blanco doktrini* olarak adlandırılmaktadır.⁷¹² Bu birliğin, sınırlı istisnalar dışında idare hukukunu doğurması Eisenmann tarafından “idare hukukunun monist” anlayışı olarak nitelendirilmiştir.⁷¹³ Bu birliğin dağılışı ve yine Eisenmann'ın tabiriyle düalizmin doğuşu,⁷¹⁴ az da olsa itiraz bulunmakla birlikte,⁷¹⁵ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Bac d'Eloka* (TC, 1921) (uzun adıyla *Société commerciale de l'Ouest africain*) kararına tarihlenmektedir. Bu kararla, tamamen idare hukukuna tabi olması gerekmeyen sınai veya ticari kamu hizmetleri kategorisi yaratılmış, kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi biçimde de yerine getirilebileceği kabul edilmiştir.

Devlet faaliyetlerinin piyasaya doğru genişlemesi, tersi bir gelişmeyi, piyasa yöntem ve hukukunun da kamuya girmesi sonucunu doğurmuştur. Bunun kamu

⁷¹² Mescheriakoff, “L'Arrêt du bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique”, **RDP**, 1988, s.1074

⁷¹³ Aktaran, **Ibid.**,

⁷¹⁴ Eisenmann, “ilk düalizmin, Uyuşmazlık Mahkemesinin, *Colonie de la Côte-d'Ivoire c.Société commerciale de l'Ouest africain* olayındaki meşhur kararıyla, kısa ve açık isimlendirilmesiyle *Bac d'Eloka* kararında ortaya çıktığı” saptaması yapmaktadır. Aktaran, **Ibid.**,s.1063

⁷¹⁵ Mescheriakoff, birlikteliğin, 1921 *Bac d'Eloka*'dan çok önce, hükümet komiseri Romieu'nün (*Terrier, CE, 1903*) kararındaki görüşleriyle dağıldığını savunmaktadır. Bu görüş aşağıda ele alınacaktır. **Ibid.**, s.1074

hizmetinin yerine getirilme yöntemleri üzerinde doğurduğu sonuçlar aşağıda kamu hizmetinin özelleştirilmesi başlığı altında ele alınacaktır.

Bu başlık altında kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde, idari örgütlenmenin ve kamu hukuku kurallarının ağırlık taşıdığı yöntemlere değinilecektir. “Ağırlık taşımak” ifadesini kullandık zira, saf kamusal rejimi bulabilmek imkânsızdır.

1. Emanet

Emanet yöntemi kamu hizmetinin devlet tarafından, hizmet ayrı bir tüzelkişilik olarak örgütlenmeden bizzat yerine getirilmesidir. Tanıma klasik olarak “kendi malları ve personeli”yle unsuru da eklenmektedir. Ancak, idare, kendi kendine yeter otarşik bir iktisadi yapı olmadığından, emanet uygulamasında da belirli oranlarda dışa (özel sektöre) açıklık sözkonusu olacaktır.

Emanetin ayrı bir yöntem olarak ele alınmasına dahi gerek yoktur zira emanet, devlet örgütlenmesinin kendisini, klasik biçimini, çekirdeğini ifade eder. Örneğin, Osmanlı reform döneminde bazı kamu hizmeti örgütlenmelerine emanet adı verilmiştir. “Şehremaneti”, “rüsûm emaneti” gibi. Devlet örgütlenmesinin temelini oluşturan, örgütlü zor kullanma tekeline, ulusal güvenliğe ve adalet sağlamaya yönelik hizmetler, kural olarak bu temel örgütlenme çekirdeğinde yer alır.

Kamu hizmetleri, bakanlıklar biçiminde örgütlenir. Kamu hizmetinin örgütlenmesi, bakandan başlayarak, genel müdürlükler, müdürlükler, daireler vs. şeklinde en alt birimlere kadar inen bakanlık teşkilatı şeklinde somutlaşır.⁷¹⁶ Yeni

⁷¹⁶ Bakanlıkların klasik yapısına ek olarak, bakanlıklara veya başbakanlığa bağlanarak teşkilatına dahil edilmiş kamu tüzelkişiliğine sahip olmayan kamu hizmeti birimleri de bulunmaktadır. Bunları aşağıda ele alacağımız kamu kurumlarından ayıran tüzelkişiliğe sahip olmamalarıdır. Başbakanlık bir hizmet bakanlığı olmamasına rağmen pek çok birim başbakanlığa bağlıdır. Örneğin, Devlet Personel Başkanlığı, Devlet İstatistik Enstitüsü, Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü, Basın Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Kriz Yönetim Merkezi, Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Aile Araştırma Kurumu, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Gümrük

ihtiyaçlar doğrultusunda bakanlıklar yaratılabileceği gibi devletin üstlendiği alanları terk etmesi üzerine bunlar kaldırılabilir de.

Bu nedenle emanet yöntemini anlatmak aslında tüm bakanlıklar teşkilatını ve işleyişini ele almayı gerektirir. Konumuzu sınırlandırma gayreti içinde bu noktaya girmeyeceğiz.

Kamu hizmetleri arasında, bu klasik örgütlenmeye eklenerek yerine getirilmesi bakımından kural olarak bir ayırım yapılamaz. Gerek klasik hizmetler, gerekse iktisadi hizmetler bu teşkilatın içine yerleştirebilir.⁷¹⁷ Emanet yöntemi genel yöntemdir ve tüm kamu hizmetlerine uygulanabilir. Ancak hizmetin karşıladığı toplumsal ihtiyacın özelliklerinden kaynaklanan örgütlenme farklılıkları, özellik gösteren hizmetler için tanınabilecek istisna ve muafiyetler, özgü işleyiş biçimleri olabileceği de açıktır. Uygulamamızda klasik idari örgütlenmeden bir kaçış yaşandığı görülmektedir. Sınai veya ticari kamu hizmetlerinin çoğu baştan beri şirket şeklinde örgütlenerek ana idari yapı dışına çıkarılmış; özellikle 1960 sonrası reformuyla bu uygulanmaya yaygınlık kazandırılmıştır. Devletin kolluk yetkileri içinde yer alan denetleme ve düzenleme faaliyetlerini yerine getirmek için de klasik idari örgütlenme dışında yer alan bağımsız idari kurumlar oluşturulmaktadır.

Kural olarak sınai veya ticari kamu hizmetleri için, kamu kurumu oluşturulması (KİT) yöntemi benimsenmiş olmakla birlikte; bu hizmetler emanet yöntemiyle de yerine getirilmektedir. “Sınai veya ticari emanetler”in, Anayasa’nın yaptığı KİT tanımı içinde değerlendirilmesi (m.165 “*sermayesinin yarısından fazlası doğrudan*

Müsteşarlığı, Denizcilik Müsteşarlığı, Dış Ticaret Müsteşarlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı vb. Başbakanlığa bağlı kamu hizmeti birimleridir. Bakanlıklara bağlı, tüzelkişilik taşımayan kamu hizmet birimlerine örnek olarak Adalet Bakanlığı’na bağlı Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, Hakim Savcı Adayları Eğitim Merkezi; İçişleri Bakanlığına bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü gösterilebilir. Bkz. TODAİE, **TC Devlet Teşkilat Rehberi**, Ankara, TODAİE Yayınları, 2000

⁷¹⁷ Anayasa Mahkemesi iktisadi nitelikte olmayan kamu işleri için emanetin zorunluluk olduğuna karar vermiştir: “...salt ekonomik nitelikte olmayan kamu işlerinin Devletçe ve Devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi, Anayasa’nın temel ilkelerindendir.” AM., E.1969/31, K.1971/3, k.t.12.1.1971, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.2, s. 83/1, **AMKD**, sy.9, s.134-139

veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıkları...)”) ve TBMM denetimine tabi kılınması eleştirilmiştir. 1994 Kamu İktisadi Teşebbüsleri Genel Raporundaki, “tıpkı KİT’ler gibi kamu kaynağı kullanmak suretiyle işletmecilik yapan genel ve katma bütçeli idarelerin KİT kapsamı dışında tutularak farklı statü ve koşullarda faaliyette bulunması, genel KİT tanımına aykırılık teşkil ettiği gibi, Devlet’in ekonomideki payının bir bütünlük içinde değerlendirilmesine olanak vermemektedir”⁷¹⁸ şeklindeki eleştiride, emanet yönteminin salt idari kamu hizmetleriyle sınırlı olmadığı, sınai veya ticari kamu hizmetlerinin sadece KİT’ler aracılığıyla yerine getirilmediği görülmektedir.

Emanet yöntemine esneklik getirilmek için kimi hizmetler, "katma bütçe"li hale getirilmektedir. 26.5.1927 tarih ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu'nun 115. maddesinde katma bütçe (mülhak bütçe) “*sarfiyatı hususî varidat ile temin ve muvazenei umumiye haricinde tedvir olunan bütçelere mülhak bütçe denir*” şeklinde tanımlamaktadır. Genel bütçeden ayrılmakla birlikte bunların da klasik bakanlık örgütlenmesinin dışında olmadığı 116. maddeden anlaşılmaktadır. “*Mülhak bütçeler her sene dairelerince tanzim olunup merbut oldukları vekilin imzasıyla tetkik edilmek üzere Maliye Vekâletine tevdi edilir. Bu bütçeler Maliye Vekâleti tarafından 34 üncü madde mucibince Büyük Millet Meclisine takdim olunur.*” Kanunda, katma bütçeli kamu hizmeti biriminin ayrı bir tüzelkişiliğe sahip olması gerektiği öngörülmemiş olmasına karşın, uygulamada katma bütçe, kamu tüzelkişiliğiyle birlikte kullanılmakta, yani “kamu kurumu” yöntemi tercih edilmektedir.

Döner sermaye, emanet yönteminde, bütçenin genelliği ve ademi tahsis ilkesini esnetmenin bir yoludur. Aynı zamanda döner sermaye uygulaması, “kamu hizmetlerinin ilkelerini ele alırken belirttiğimiz gibi ticarileşmenin bir aracı olarak da kullanılmaktadır. Özel kanunlara dayanılarak veya 1050 Muhasebei Umumiye Kanunu’nun 49. maddesine dayanılarak kurulan döner sermayelerin “önemli bir bölümü Milli Eğitim Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı (hastaneler), Tarım Bakanlığı

⁷¹⁸ Aktaran Gözüyük, Tan, **İdare Hukuku**, c.1,s.240

(devlet üretme çiftlikleri) ile katma bütçeli daireler (üniversite hastaneleri, matbaalar vs.) bünyesinde faaliyet göstermektedir.”⁷¹⁹ Döner sermaye uygulaması, kamu hizmetlerinin bütçe gelirlerinden pay alamayarak yoksullaşması olgusu karşısında çare olarak yaygınlaşmaktadır. Vergilerle finanse edilmeyen (veya “edilemeyen”) kamu hizmetleri satılarak finanse edilmektedir. Egemenliğe değgin klasik kamu hizmetleri alanlarında dahi döner sermaye işletmelerine rastlanmaktadır. Örneğin, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Müdürlüğü.

Esneklik sağlamak amacıyla geliştirilmiş bir diğer yöntem de müşterek emanettir. Kanımca adında emanet niteliği bulunmakla birlikte bu çerçevede değerlendirilmesi mümkün değildir. Müşterek emanet aşağıda, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel kesimden yararlanılması başlığı altında ele alınacaktır.

2. Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları)

Kamu kurumlarının varlık nedenleri ve nitelikleri, maliye konusunda da çalışmaları bulunan Jèze tarafından, bütçe bağlamında açıklanmaktadır. Kamu hizmetleri genel (ve yerel) devlet örgütlenmesinin malvarlığından (hazinesinden) yerine getirilir. Tüm devlet gelir ve giderleri kural olarak ademi tahsis ilkesine göre örgütlenir. Ancak bazen belirli gelirler, belirli bir hizmete ayrı bir malvarlığı oluşturacak şekilde özgülenir. Bu durumda ortaya kamu kurumu çıkar.

Kamu kurumları, kamu hizmetine tüzelkişilik kazandırılması araçlarıdır.⁷²⁰ Bu yöntemle müşahhas bir kamu hizmetinin örgütlenmesi merkezi idarenin dışına,

⁷¹⁹ Uluatam, **Kamu Maliyesi**, s.64

⁷²⁰ Jèze, **Les principes généraux du droit administratif**, s.24; Niteliğini saptamanın son derece zor olduğu ilginç uygulamalar da bulunmaktadır. Örneğin Ankara Büyükşehir Belediyesi 3030 sayılı Yasanın 6. maddesinin A-d fıkrasıyla kendisine yüklenen ‘yolcu ve yük terminalleri, yapmak ve işletmek’ hizmetini yerine getirmek için, Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü ile ortaklık sözleşmesi yaparak Ankara Şehirlerarası Terminal İşletmesini kurmuştur. Ortada tüzelkişiliğe sahip olmayan, ancak bir kamu hizmeti yerine

hizmet yerine taşınmaktadır. Kamu hizmetinin örgütlenmesinde kamu kurumu yöntemi, hizmet yerinden yönetim ilkesinin uygulanmasını ifade eder. Eğitim alanında üniversiteler, radyo televizyon yayını alanında TRT, sosyal güvenlik alanında Emekli Sandığı, iktisadi alanda KİT'ler örnek verilebilir. İdarenin somut örgütlenme biçimleri saf olarak ortaya çıkmadığı, çeşitlilikler gösterdiği için kamu kurumu kategorisine sokulabilecek idari birimleri saptamak güçlük arz etmektedir.⁷²¹

getiren, adi ortaklık sözkonusudur. Danıştay ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta, görevli olup olmadığını saptayabilmek için, bu işletmenin ve işlemlerinin niteliğini araştırmıştır: "... Şehirlerarası Terminal İşletmesi kamu kaynaklarından yapılan harcamalarla meydana getirilmiş ve tekel biçiminde ticari faaliyet amacı dışında işletilmektedir. ... Şehirlerarası Terminal İşletmesinin üzerinde kurulduğu taşınmazın özel niteliğinden kaynaklanan durum nedeniyle işletmesinin iki kamu idaresince kurulan ve adi ortaklık olduğu öne sürülen ortaklık tarafından yerine getirilmesi terminal işletmesinin kamu hizmeti niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Kaldı ki adi ortaklık olduğu ileri sürülen ortaklığın yönetim kurulu yürütülen kamu hizmetinin niteliği gereği ... Büyükşehir Belediyesi ile ... Çiftliğinin kadrolu personeli arasından seçilerek atanmaktadır. Kamu hizmetini yerine getiren iki kamu idaresince oluşturulan kuruluş, oluşum biçimi itibarıyla de idare yapısı içinde yer almakta; idare hukukuna tabi bulunmaktadır." D10.D., E.1995/4326, K.1996/2769, k.t.21.5.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.771-772

⁷²¹ Tüzelkişiliğe sahip olma yeterli bir ölçüt sayılabilirse, Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı, İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Dil Kurumu, Türk Tarih Kurumu, Atatürk Kültür Merkezi, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, Türkiye Bilimler Akademisi, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü, Türkiye İşbirliği ve Kalkınma Ajansı, Doğal Afet Sigortaları Kurumu vs. kamu kurumlarına örnek verilebilir. Buraya kadar sayılan kurumlarının özelliği Başbakanlığa "bağlı" olmalarıdır.

Tüzelkişiliğe sahip olup bakanlıklara bağlı olan kurumlar da bulunmaktadır. Örneğin Maliye Bakanlığı'na bağlı Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü, Maliye Bakanlığı Kefalet Sandığı Başkanlığı; Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü; Bayındırlık ve İskân Bakanlığına bağlı Karayolları Genel Müdürlüğü; yine bu bakanlıkla "ilişkilendirilen" İller Bankası Genel Müdürlüğü; Sağlık Bakanlığına bağlı Hudut ve Sahiller Genel Müdürlüğü; Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü, Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü, Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü ... vs. Bkz. TODAİE, **TC Devlet Teşkilat Rehberi 2000**

Ayrı tüzelkişilik verilerek örgütlenen kamu hizmetlerinin, temel hizmet birimleri olan bakanlıklarla bağlantıları, “ilişkilendirme”, “bağlanma” ve “vesayet denetimi” aracılığıyla olmaktadır.

3046 sayılı Bakanlıkların Görevleri ve Kuruluş Esasları Hakkındaki Kanunu'nun 10. maddesinde bağlı kuruluş, “*bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlar*” olarak tanımlanmaktadır. Kamu tüzelkişiliğine sahip olup olmama konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Örnekleri incelediğimizde bağlı kuruluşların büyük bir kısmının tüzelkişiliğe sahip olduğu görülmektedir. Bu durumda, ortada tüzelkişilik kazandırılarak bakanlık örgütünden ayrılmış bir kamu hizmeti, yani kamu kurumu olduğu açıktır. Bunlar için “bakanlığa bağlılık”, klasik bakanlık teşkilatı içindeki hiyerarşik ilişkiyi ifade etmeyecektir. Zira tüzelkişilik ayrı karar alma organlarını ve genel bütçeden farklı bütçe tiplerini gerektirir. Bunlar dışında bakanlıklara bağlı olup da tüzelkişiliğe sahip olmayan, yukarıda örneklerini verdiğimiz, kuruluşlar, kamu kurumları kategorisi içinde değerlendirilemeyecektir.

Kamu kurumları ile bakanlıkların (ve başbakanlık) arasındaki ilişki kuran yöntemlerden biri de “ilgili kuruluş” uygulamasıdır. 3046 sayılı Bakanlıkların Görevleri ve Kuruluş Esasları Hakkındaki Kanunu'nun 11. maddesinde ilgili kuruluş, “*özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Kamu kuruluşlarının bakanlıklarla bağlantılama ve ilgilendirilmelerinin en önemli sonucu denetimdir. 3046 sayılı Yasanın 21. maddesine göre, “*her bakan,...bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir.*” Bunun dışında, kamu kurumlarının kuruluş yasalarında ayrıca belirtilmedikçe, sadece 3046 sayılı genel Yasaya dayanılarak kamu kurumlarının işlemleri üzerinde bakanların vesayet yetkisi kullanabilmesi mümkün

değildir.⁷²²

Burada çeşitli kamu hizmeti alanlarında görülen farklı özellikler taşıyan kamu kurumu uygulamaları ele alınmayacaktır. Kamu hizmetinin yerine getirilmesi yöntemi olarak kamu kurumu kavramının ana özellikleri vurgulanacaktır.⁷²³

Kamu kurumlarının, kamu tüzelkişiliği taşıdıkları için, kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulmaları gerekir (Anayasa m.123/son). Uygulamada bu yetkinin, iktisadi kamu kurumları olan KİT'ler için kanun hükmünde kararname ile genel bir şekilde verildiği görülmektedir. 233 sayılı KHK'nin 3. maddesine göre bunlar, bakanlar kurulu kararı ile kurulur. Burada “yasa-KHK” ve “yasa-düzenleyici işlem” ilişkilerine ilişkin genel tartışmalara girmiyoruz.

Kamu kurumları, belirli bir kamu hizmetinin örgütlenmiş şekli olduklarından doğal olarak görev alanları ve yetkileri bu hizmetin yerine getirilmesi ile sınırlıdır.

İktisadi kamu kurumlarının işleyişi, sınai ve ticari nitelikte kamu hizmetleri sözkonusu olduğundan ağırlıklı olarak özel hukuka tabidir. Bunların anonim şirket şeklinde örgütlenmesi de mümkündür (233 m.3/3). Ancak genel örgütlenme tipi olarak “teşebbüs” öngörülmüştür. Bunların, 233 sayılı KHK'de belirtilenler dışında

⁷²² Ancak uygulama, bu yalınlıkta gerçekleşmemektedir. Kamu kurumları tüzelkişiliğe ve ayrı bütçeye sahip olmasına karşın, bağlantılama ve ilişkilendirilme, uygulamada, bakanlık teşkilatına dahil edilme şeklinde anlaşılmaktadır. Örneğin Danıştay, Kültür Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Devlet Tiyatroları'nın genel müdürünün, il dışına çıkışlarda bakandan izin alması gerektiğine karar verilmiştir. Yasada açıkça izin gereği düzenlenmemiş olmasına karşın Danıştay, kamu hizmetlerinin bütünlük içinde yürütülmesi gereğine de vurgu yaparak bu sonuca varmıştır. “Kültür Bakanı, bakanlığın en üst amiri olarak bağlı kuruluşların işlem ve hesaplarını, hem yerindelik, hem de hukuka uygunluk açısından denetlemeye yetkilidir. Kültür Bakanlığının bağlı kuruluşlarından olan Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü üzerindeki bu denetim, hiyerarşi ilişkisine yakın bir vesayet denetimi(-dir). ... 657 sayılı Yasaya tabi olan ve hizmet ve görevlerini yaparken, üst'ü durumundaki bakan'a karşı sorumlu olan davacının ... ili dışında çıkışlarında, bakan'dan izin alması, kamu hizmetinin bütünlük içinde, aksamadan yürütülmesi bakımından gerekli olduğu gibi, bürokratik geleneklere de uygun düşmektedir.” D8.D., E.1995/3706, K.1995/3622, k.t.14.11.1995, **DD.**, sy. 91, 1996, s.819

⁷²³ Bkz. Duran, **İdare Hukuku**, s.188-223

özel hukuka tabi oldukları öngörülmüştür (233 m.4/2). Bu rejime aşağıda sınıai veya ticari kamu hizmetleri başlığında değinilecektir.

KİT'lerden, şirket şeklinde örgütlenip ve ağırlıklı olarak özel hukuka tabi kılınanların, kamu kurumu kategorisi kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir. Kamu iktisadi teşekküllerinin hepsini, ayrımsız biçimde, kamu tüzelkişiliğine sahip, kamu kurumları olarak nitelemek mümkün değildir. Kamu teşebbüsleri ile kamu şirketleri arasında ayrıma gidilerek, ancak birinciler kamu kurumları kapsamında değerlendirilmeli ikinciler kamu hizmetinin özelleştirilmesi olarak ele alınmalıdır. Sınıai ve ticari hizmetlerin birkısmı özel hukuk tüzelkişileri olan şirketler olarak örgütlenmektedir. Bu duruma, aşağıda değinilecektir.

Kamu kurumlarının, ayrı bir malvarlığına ve tüzelkişiliğe sahip olmaları, genel yönetimin dışında kararlar alarak işlemeleri, kamu hizmetlerinin örgütlenmesinde, demokratik ilkelerin uygulanmasına olanak tanıyacak özellikleridir. Özellikle karar organlarının, temsili nitelikte oluşturulabilmesi mümkündür.

Hizmet yerinden yönetim kuruluşları olarak kabul edilen kamu kurumlarının, Anayasa'da bu niteliğine ilişkin bir saptama bulunmamaktadır. 123. maddenin II. fıkrasında "*idarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır*" kuralı bulunmakta ve 127. maddede de "*yerinden yönetim birimi*" olarak, karar organları seçimle oluşturulacak il, belediye ve köy yönetimleri düzenlenmektedir. Bu durumda, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının örneğin KİT'lerin, karar organlarının tamamen merkezi idarece oluşturulmasının; kimi zaman kararların, ilgili bakanca fiyat belirleme durumunda olduğu gibi, doğrudan merkezce alınmasının anayasayla çelişki oluşturmadığı düşünülebilir. Nitekim Anayasa'nın 123. maddesinin gerekçesinde, Anayasa'da adı anılmayan hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından da bahsedilmektedir: "*...bugün kamu hizmetleri genel idare başta olmak üzere mahallî idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları tarafından yürütülmektedir.*" Yani anayasa koyucu mahalli idarelerin yanısıra hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından da haberdardır, fakat sadece birincisi için bir minimum demokratik örgütlenme biçimini anayasal düzenlemeye bağlamıştır.

Hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına ilişkin olarak Anayasa’da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda, yerinden yönetim özelliğine uygun bir örgütlenme modeli düzenlemek yasakoyucunun takdirine kalmaktadır. Hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının en önemli ve tipik örneği olan kamu iktisadi teşebbüsleri hiçbir zaman, sözkonusu hizmetle bağlantılı kişilerin yönetimi oluşturdukları bir örgütlenmeye sahip olmamışlardır. 233 sayılı KHK’ye göre, “*yönetim kurulu, teşebbüsün en yüksek seviyede yetkili ve sorumlu karar organıdır (m.5).*” Yönetim kurulu başkanı olan genel müdür ve tüm üyeler ortak kararname ile atanmaktadır (m.6). Görüldüğü gibi bu kurulun hiçbir temsili niteliği yoktur. Hatta atanmaları için bakanın önerisi gereken üyenin, “*faaliyet alanı ile ilgili idari ve mesleki ihtisasa sahip olması*” koşulu da aranmamaktadır. Tamamen merkezi idarenin oluşturduğu yönetimin yetkilerinin, doğrudan bakanlar kurulunca kullanılabilmesine de olanak tanınmıştır. Buna göre “*üretilen mal ve hizmetlerin fiyatları, gerektiğinde Bakanlar Kurulunca tespit edilebilir (m.35).*”

Bu kurumların işleyişinde herhangi bir katılım mekanizması da öngörülmemiştir. Bu haliyle iktisadi kamu kurumlarının merkezi idare örgütlenmesinden farkı kalmamaktadır.

Türkiye’de kamu hizmetlerine ayrı bütçe (mali kaynak) sağlanarak tüzelkişilik ve özerklik kazandırılması anlamına gelen kamu kurumu yöntemi işlevine uygun biçimde uygulanmamıştır. Cumhuriyet devrimiyle başlayan Türkiye’de kapitalizmi yerleştirme ve toplumu modernleştirme işlevinin en önemli araçları olarak kamu iktisadi teşebbüsleri (KİK ve İDT ayrımı özelleştirmeye zemin hazırlamak üzere 233 sayılı KHK ile getirilmiştir) birer hizmet yerinden yönetim birimi örneğidir. Ancak bunlar hiçbir zaman, sözkonusu hizmetle bağlantılı kişilerin yönetimi oluşturdukları bir örgütlenmeye sahip olmamışlardır. Fransa’da, özellikle millileştirmeler sonrasında, kamu girişimlerinde kullanılan ve millileştirmelerin devletleştirmesini engelleyeceği (*nationaliser sans étatiser*) düşünülen “devlet, kullanıcılar ve personel

temsilcilerinin yer aldığı üç kesimli (*tripartite*) yönetim”⁷²⁴ denemelerine ülkemizde hiçbir zaman rastlanmamıştır. Oldukça heterojen ve temsil araçları geliştirilmesi zor olan kullanıcılar bir yana, işçilerin temsili mekanizmaları dahi kurulmamıştır. Kamu hizmetlerinin örgütlenmesinde, “*kamu*” kavramının, hep “devlet örgütü” anlamı baskın gelmiş, “halk” anlamı hiç düşünülmemiştir. Klasik kuramda, halkın istencinin, temsili meclisler ve onun çıkardığı hükümetler teşkilatı aracılığıyla gerçekleştiği kabul edilir, bu nedenle farklı toplumsal birimlerde temsili yönetim örgütlenmeleri geliştirilmesine sıcak bakılmaz. Ancak cumhuriyet tarihine baktığımızda klasik temsil kurumunun sağlıklı işlediğini iddia etmek de imkânsızdır. Türk kamu yönetimi hiçbir zaman “kamusallaşamamıştır”. Devlet örgütlenmesi anlamıyla kamu, ancak halkla (kamuyla) dolaymlanarak anlam ve meşruluk kazanır. Bu dolayım, seçimler, temsil ve öteki katılım yolları aracılığıyla olabileceği gibi, birinci kamunun (devleti) sürekli bir ortak yarara atıf yaparak, her türlü katılımdan azâde, kendinden menkul bir “kamu” yararının taşıyıcısı olduğunu iddia etmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Ülkemizde bu ikinci olasılık hüküm sürmektedir. Kamu hiçbir zaman kamusallaşamamıştır. Hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından, kamu iktisadi teşebbüslerinin, şimdi sona erdirilmekte olan yetmişbeş yılı aşkın ömrü, buna tanıklık etmektedir. Ne işçilerin ne teknisyenlerin ne kullanıcıların ne ilgili coğrafyanın kendi varlıklarını sürekli ve derinden belirleyen bu örgütlenmeler üzerinde etkileri olabilmıştır. Çalışanlar bunları salt bir işveren, kullanıcılar kötü mal ve hizmetlerini satın aldıkları tüccarlar olarak algılamaktadır. Bu gruplar kamusal örgütlenmede, kamuya, yani kendilerini ilişkin herhangi bir özellik görmemektedir. Bu bağlamda, sözkonusu kamusal örgütlenme ile kendileri arasında bağlantıyı görüp, kavrayıp gerekli tepkiyi veren ve hem de örgütlü olan tek grup, kendi içinde çelişkileri olsa da büyük özel girişimcilerdir. Bunlar kamu iktisadi işletmelerinin gerçek işlevlerini (ithal ikameci Türk sanayiine ucuz aramalı ve emek gücünün yeniden üretim maliyetini kamusallaştıracak ücret malları üretmek) kavramış; gelişme evresinde, aslında ilke olarak kapitalist girişim özgürlüğünü kısıtlayan bu

⁷²⁴ Bkz, Demichel, **Grandes services publics et entreprises national**, s.96

uygulamaya destek olmasa bile ses çıkarmamıştır, olgunluk evresinde ise devlet iktisadi girişimine artık ihtiyaçları kalmadığı tahlilinden hareketle politika geliştirmiştir. Kamu iktisadi girişimlerinin yeniden örgütlenmesi/tasfiyesi, görünüşte bunlarla doğrudan bağlantısı olmayan bir unsur tarafından, özel girişimciler tarafından, klasik demokrasi ilkelerine rağmen (onların jargonunda popülizm) veya bunlar sayesinde Türkiye kapitalizmin gelişmişlik seviyesine ve entegre oldukları dünya işleyişinin Türkiye'ye verdiği role uygun biçimde gerçekleştirilmektedir. Türk kamu örgütlenmesinin (devletin) duyarlı olduğu tek kamu unsuru; belki de Türk kamu örgütlenmesinin kamusallaşamamış olmasının nedeni de budur.

B. İstisna: Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi

Bu durumu istisna başlığında ele alıyor olmakla birlikte, özellikle siyasal örgütün üstlendiği piyasadakilere benzer faaliyetlerin, yine piyasa aktörlerine gördürülmesinin kapitalist ilkeyi benimseyen sistem için kural olduğu düşünülebilir. Ancak kamu hizmetinin yükümlülükler ve ayrıcalıklar bakımından, piyasa işleyiş kurallarından belirli oranda bağışık kılınan alanları ifa ettiğini akılda tuttuğumuzda, bu ayrıcalıklardan eşit olduğu varsayılan özel kişilerden birinin yararlanması, piyasanın mantığına aykırıdır. Bu tip faaliyetlerin, hakem olduğu varsayılan devlete bırakılması ve sınırlı tutulmaya çalışılması, kapitalist sistemde genel ilkedir. Ancak sözkonusu kamusal faaliyet alanlarının girişimciler için taşıdığı yüksek kâr potansiyeli, devletin hakemliğinden feragat etmelerini getirir. Bu nedenle kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesinin “imtiyaz” olarak adlandırılması anlamlıdır. Alım güvenceleri, sınırlı veya tam tekeller, kamu kredileri, kredi güvenceleri vb. ayrıcalıklarla donatılan kamu hizmeti gören özel girişimciler olağanüstü kârlara ulaşabilmektedir. İktisadi kriz dönemlerinde, imtiyazlar zarar eder duruma geldiğinde de kamu, “ürünün satın alınması ve fiyat güvenceleri”, “imtiyazın satın alınması”, “öngörülemezlik” gibi hukuki araçları kullanarak girişimcileri zarardan kurtarmaktadır. Girişimci açısından, bu yardımın kamu hizmetinin işleyişini güvenceye almak adına yapılmış olmasının hiçbir önemi yoktur. Kamusallaşmış faaliyet alanlarından olağanüstü kârlar elde eden bu girişimlerin, yeni girişimlere

başlamaları bakımından diğer piyasa aktörlerine karşı ayrıcalıklı olacakları da açıktır. Böyle bir durumun önemli sınıf içi çatışmalara yol açmaması, bu ayrıcalıkların dengeli ve rasyonel dağıtılmış olması, piyasanın imtiyaz almayan diğer aktörlerinin yeterince güçlü olması, ekonominin genişleme sürecinde olması gibi koşullara bağlıdır. Ancak bu koşullar geçici ve istisnai olarak ortaya çıkar. Bu nedenle kamu hizmeti alanlarının ürettiği yüksek kârlardan yararlanma sürekli olarak sınıf içi çekişmelere sahne olur.

Kapitalist ilkeyi temel alan klasik yaklaşıma göre, devletin, piyasa ilişkilerinin kurallarından kurtararak üstlendiği alanlarda, kamu hizmeti alanlarında piyasa hukukundan farklı kurallar kullanarak, yani kamu hukukuna tabi olarak bizzat örgütlenmesi ve faaliyet göstermesi gerekir; aksi durumda, yani siyasal örgütlenmenin kamusal kurallara tabi olmadan, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimi yapması, siyasal örgütün piyasadaki girişimci gibi konumlanması, kapitalist sistemde benimsenen girişim özgürlüğüne aykırı olacaktır.

Bununla birlikte, kamu hizmetleri alanlarında sürekli bir özelleştirme yaşanmaktadır. Gerek devletin örgütlenerek doğrudan faaliyette bulunduğu alanların hukuki rejimine özel hukukun kuralları eklenmekte, gerekse devlet kamu hizmeti olarak üstlendiği alanlardaki mal ve hizmet üretimini özel kişilere bırakmaktadır.

1. Hukuki Rejimin Özelleştirilmesi

Bac d'Eloka (TC, 1921) kararından beri, kamu hizmetlerinin hukukunda bir özelleştirme yaşanmaktadır.⁷²⁵

Özellikle piyasa faaliyetlerine benzer kamu hizmetlerinin (sınai veya ticari kamu hizmetleri) esas olarak özel hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir.

Sınai veya ticari kamu hizmetlerinin kullanıcılarıyla ilişkileri özel hukuka ve adli yargıya tabidir.⁷²⁶ Sınai veya ticari kamu hizmetlerinin personeli de kural olarak

⁷²⁵ Özelleştirmenin, kamu hizmeti rejimine artan miktarda özel hukuk rejimi sokmak anlamındaki kullanımı Demichel'de bulunmaktadır. **Ibid.**, s.22-23

özel hukuka tabi işçi niteliğindedir. Fransız hukukunda, yöneticiler ve mali sorumlular dışındakiler özel hukuka tabi görevli sayılmaktadır (*Robert Lafregeyre, CE, 1923; Jalenques de Labeau, CE., 1957*). Yukarıda, “kamu hizmeti - kamusal rejim - idare hukuku” başlığında açıkladığımız gibi, bu işletmelerde de mutlaka kamu görevlisi statüsünde personel bulunması gerektiği kabul edilmektedir.⁷²⁷ Kamu

⁷²⁶ (*demoiselle Guyomard, CE, 1954; dame Canasse, CE, 1966*); Danıştayımız Devlet Demiryolları trenlerinde yolcu olan bir kişinin taşımacılık hizmeti sırasında uğradığı zararın tazmini istemi konusunda, adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir: “Kamu hizmetinden kişilerin genel düzenlemeler çerçevesinde ne şekilde yararlanacakları, yararlanma biçimlerinin belirlenmesi ya da değiştirilmesi idare hukuku kurallarına göre saptanmakta olup, demiryolu taşımacılık hizmetini tekel olarak yürüten davalı idarenin, hizmetinden yararlanan kişiyle girdiği taşımacılık ilişkisi, bununla sınırlı olarak, özel hukuk hükümlerine tabi bulunmaktadır. Bu haliyle...İlçe Belediyesinde zabıta memuru olarak çalışan davacının 21.6.1994 tarihinde ... İlçesi Tren İstasyonunu çıkışında meydana gelen tren kazası sonucu yaralanması nedeniyle uğradığını öne sürdüğü zararın tazmini istemiyle açtığı davanın; uyuşmazlığın davacı ile davalı idare arasında özel hukuk hükümlerine dayalı olarak kurulan taşımacılık ilişkisinden kaynaklanması nedeniyle, görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.” D10.D., E.1996/9554, K.1998/1981, k.t.13.5.1998, **DD.**, sy. 98, 1999, s.584-585; Benzer bir karar: Dava konusu olayda, Devlet Demir Yolları İşletmesi tamamiyle tacir gibi davranarak, özel hukuk hükümlerine göre bir işlem tesis etmiştir. Bir ardiye akdi olarak görülen muamelede idare, bu hizmeti kanunun yüklediği bir mükellefiyet olarak yapmasına rağmen, üstün yetkilerle donatılmış olmayıp, aksine çıkar eşitliği ilkesine göre hareket eden bir ticari işletme niteliğindedir” D12.D., E.1970/2727, K.1971/1498, k.t.17.5.1971, **DD.**, sy. 5, 1972, s.364-365.

⁷²⁷ Ayrıca, sözleşmeli personel veya işçi olsun, sözleşme öncesi aşamaya yönelik ve idarenin sözleşme iradesini oluşturmaya/sona erdirmeye ilişkin kararları idari yargı tarafından idari sayılarak denetlenmektedir. Örneğin, Özelleştirilmesine karar verilen ... Holding AŞ ... Mağazasında satış görevlisi olarak çalışan bir kişinin sözleşmesinin feshine ilişkin kararın idari nitelikte olduğuna karar verilmiştir. D8.D., E.1996/245, K.1998/1106s, k.t.24.3.1998, **DD.**, sy. 97, 1999, s.556-557; İdarenin iş akdi, yani idari olmayan sözleşme yapmama işlemi de idari yargıda denetlenmektedir: “İdare mahkemesince dava konusu uyuşmazlık, iş akdinin yenilenip yenilenmemesi olarak kabul edilip dava görev yönünden reddedilmiş ise de, güvenlik soruşturması görevine son verildiği itilafsız olan davacının isteminin 4045 sayılı Yasa uyarınca göreve iade olduğu, bir kamu kurumu olan davalı idarece de istemin kamu gücüne dayalı tek yanlı tasarruf ile 4045 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi uyarınca reddedildiği ve henüz davacı ile davalı idare arasında özel hukuk ilişkisinin kurulmasının sözkonusu olmadığı açık olması karşısında, uyuşmazlığın görüm ve çözümünün idari yargının görev alanı içinde kaldığı açıktır” D12.D., E.1996/1799, K.1997/680, k.t.24.3.1997, **DD.**, sy. 94, 1998, s.790; Benzer karar: Danıştay, 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre işçi olarak görev yapmakta iken Türk Ceza Kanunu'nun 142/5 maddesine muhalefet suçundan hakkında verilen cezanın 3713 sayılı Yasa ile tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılmasından sonra davacının yeniden göreve alınması istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işleme karşı açılan davanın idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir: “Davacının 3713 sayılı Yasa uyarınca yeniden işe başlatılması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemin davalı idare ile davacı arasında henüz bir özel hukuk ilişkisinin kurulmamış olması nedeniyle kamu gücüne dayanılarak tesis edildiğinde ve bu işlemin idari nitelikte bir işlem olduğunda kuşkuyla yer bulunmadığından; idare

İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi Hakkında 399 sayılı KHK'nin 3.maddesinin “b” bendine göre, “teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin kârlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev ünvanı itibarıyla kuruluşun karlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulama ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş asli ve sürekli görevler genel idare esaslarına göre yürütülür. Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevleri; genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve şube yardımcıları ile ekli (1) sayılı cetvelde kadro ünvanları gösterilen diğer personel eliyle gördürülür. Bunlar hakkında bu kanun hükmünde kararnamede belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır.”⁷²⁸

Kamunun iktisadi kuruluşlarının, “dış ilişkilerinde özel hukuk kural ve usullerine, iç düzen ve etkinliklerinde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı bulundukları” kabul edilmektedir.⁷²⁹ Ancak, özel hukuk kural ve usulleri, esas olarak

mahkemesince uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekirken davanın görev yönünden reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir” D12.D., E.1997/1498, K.1997/2155, k.t.13.10.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.710.

⁷²⁸ Danıştay, Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumunda muhasebe kısım müdürü olarak çalışan kişinin “sözleşmeli uzman olarak atanması”nın mümkün olmadığına karar vermiştir. D5.D., E.1995/2320, K.1998/919, k.t.25.3.1998, **DD.**, sy. 97, 1999, s.317; “Sözleşmeli atama” hukukumuzda KİT’lerdeki personel rejimini esnekletmek için sokulmuş bir garabettir. KİT personelinin statüsünü düzenlemek için çıkarılan 399 sayılı KHK’ye karşı açılan iptal davasında verdiği kararında Anayasa Mahkemesi, kadro-sözleşme ilişkisine ilişkin ilginç sonuçlara varmıştır: “İptali istenilen düzenleme ile, kamu iktisadi teşebbüslerindeki bu çeşit hizmetlerin genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve idare başkanları, müessese müdürleri, bölge ve il müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile kadro ünvanları (1) sayılı cetvelde gösterilen personel eliyle görülmesi ve bu personelin KHK’de belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Yasa’ya tabi tutulması öngörülmüştür. Ayrıca, memurların atandıkları kadrolarda sözleşmeli olarak çalıştırılması hükmüne bağlanmıştır Böylece personel önce kadroya atanacak, sonra kendisiyle sözleşme yapılacaktır” E.1990/12, K.1991/7, k.t.4.4.1991, **AMKD**, sy.27/1, s.212; **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/13-4,5.

⁷²⁹ Bu kural Anayasa Mahkemesi’nce de saptanmaktadır: “Kamu iktisadi teşebbüsleri, 233 sayılı KHK’nin 4. maddesinde de öngörüldüğü gibi, ticari esaslara, yani özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kamu yararı amacıyla çalışan kamu tüzelkişileridir. Kamu iktisadi

piyasa kurallarını ve mantığını ifade ettiğinden, örgütlenme ve işleyişin de bu kurallara uyması ihtiyacı doğmakta; kuruluşların, örgütlenme ve işleyişlerini, piyasa ilişkilerinden doğan ihtiyaç ve zorlamalara kamu hukuku kurallarıyla uydurmaları gerilim yaratmaktadır. Kadrolu sözleşmeli personel gibi “uydurulan” yeni kavramlar bu gerilimi hafifletmek ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

Sınai veya ticari kamu hizmetlerinin bayındırlık işlerine ve bu hizmetlerin işleyişinden doğan zararlara ilişkin uyuşmazlıklar ülkemizde adli yargının görev alanında kabul edilmektedir.⁷³⁰ Fransa’daki içtihat bu konularda idari yargının görevli olduğu yönündedir.⁷³¹

teşebbüsleri, özel teşebbüsler gibi karlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak durumunda olduklarından, dış ilişkilerinde ticari ilke ve yöntemlere göre başka anlatımla özel hukuk kurallarına göre davranmak zorundadırlar. Kamu iktisadi teşebbüsünün özel hukuk kurallarına bağlı olarak faaliyette bulunması onun kamusal niteliğini değiştirmez. Çünkü, kamu idareleri ve idari kamu kurumları da gerektiğinde özel hukuk kuralları uyarınca işlem yapabilmektedir. Kamu iktisadi teşebbüsleri iç yapı ve ilişkileri yönünden kendi yasaları ile idare hukuku kurallarına bağlıdırlar.” AM., E.1994/70, K.1994/65-2, k.t.22.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.408

⁷³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, bir kamu iktisadi kuruluşu olan Devlet Demiryollarına ait banliyö trenine binerken, trenin hareket etmesi sonucu düşerek ölen kişinin mirasçısı tarafından açılan tazminat davasında adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. “Yolcu taşıma işinin, ücret karşılığında yapılan ticari bir faaliyet olduğu ve bunu yapanın da tacir olduğu; olayda taraflar arasındaki ilişkinin bir taşıma sözleşmesine dayanan bir özel hukuk ilişkisi olduğu, Devlet Demiryolları işletmesinin, kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda ticari alanda yürüttüğü taşımacılık faaliyetinin de özel hukuk hükümlerine tabi olduğu” gerekçesine dayanılmıştır. UM, E.2000/25, K.2000/27, k.t.12.6.2000, **RG**. 27.7.2000, 24122, s.19; Kararda, Devlet Demiryollarının kamu iktisadi teşebbüsleri içinde, “sermayesinin tamamı devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan” bir “kamu iktisadi kuruluşu” statüsüne sahip olma özelliği değerlendirilmemiştir; Dipnot 713’de aktardığımız kararda da görüldüğü gibi Danıştay içtihadı da bu yöndedir. Ancak Danıştay bir başka olayda, bir çocuğunun, Devlet Demiryolları Genel Müdürlüğü mülkiyetindeki arsada bulunan su dolu kuyuya düşüp ölmesi üzerine açılan davada görevli olduğuna karar vermiştir: “Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünün kamu hizmeti gereği sahip olduğu taşınmazında gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle uğrandığı öne sürülen zararın tazmini için açılan dava, idari yargının görev alanında bulunduğundan...” DİDDGK., E.1995/773, K.1996/599, k.t.6.12.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.101; Burada bir çelişki olmadığı, Danıştay’ın bir ayırım yaparak sınai veya ticari kamu hizmetlerinden sözleşme ile istifade edilmesi durumunda adli yargının görevli olduğunu; sözleşmeyle kurulan bir yararlanma ilişkisinden kaynaklanmayan zararlarda ise idari yargının görevli olduğunu kabul ettiği söylenebilir.

Sınai veya ticari kamu hizmetlerinin örgütlenmesine ve işleyişine ilişkin düzenleyici işlemler ise idari yargının görev alanındadır.⁷³²

Sınai veya ticari kamu hizmeti yerine getiren kuruluşların, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini konu alan sözleşmelerinin hukuki rejimi de idaridir. Bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejimi değiştirme çabaları, aşağıda açıklayacağımız üzere, Anayasa Mahkemesi kararları karşısında etkisiz kalmıştır.

Bunun dışında idarenin Devlet İhale Kanunu çerçevesinde yaptığı alım, satım, inşaat ve benzerleri gibi sözleşmeler, Kanunda açıklık bulunmamasına karşın özel hukuk sözleşmesi sayılmakta ve adli yargıya tabi olmaktadır. Bu konudaki temel içtihat için bkz. Kâzım Yenice, Yüksel Esin, **Açıklamalı, İctihatlı, Notlu, İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983, s.306

⁷³¹ Demichel, **Grandes services publics et entreprises national**, s.23

⁷³² Su, elektrik, gaz gibi hizmetlerden yararlanmak için idare ile kullancılar arasında yapılan abonman sözleşmelerden çıkan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiği kabul edilir. Danıştay, abonelik şartlarının idarece düzenlenmesine ilişkin kararların kamu hukuku alanında bulunduğunu ve bu nedenle söz konusu düzenlemelere karşı açılan davaların idari yargının görev alanı içinde olduğuna karar vermiştir: “Elektrik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinden abonman sözleşmesi ile faydalanılır. Bu sözleşmeler belirli bir konuyu, şartları, karşılıklı hakları ve borçları ile belirler. ... Bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceği tartışmasızdır. Abonman sözleşmelerinin konusu ve kapsamı tarafların serbest iradelerinin ürünü olmadığı gibi, bu sözleşmeyi hazırlayan idare bile bunu (bir şirket gibi) serbestçe hazırlamak yetkisine sahip değildir; bunlar da diğer kamu hizmetleri ve kamu hukuku kuralları gibi düzenleyici işlemlerle hazırlanır ve kural-işlem niteliğindedir ve aboneyi olduğu gibi idareyi de bağlar. Bu nedenle meydana getirdiği durum da genel bir hukuki durumdur ve subjektif sözleşmelerle bu kurallar değiştirilemeyeceğinden, subjektif, kişisel ve akdi durum ancak görünürde vardır. Bu nedenledir ki, abonman sözleşmesi süresince idare yine düzenleyici tasarruflarla, kamu hizmetinin bedelini indirir veya çıkarır; bu değişiklikler belirli bir süreyle akdedilmiş ve halen devam etmekte olan abonman sözleşmelerine de etki eder. Çünkü bu sözleşmeler tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, köken bakımından imtiyaz sözleşmesine ve şartnamelere benzer. Şartnameler, tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir, hizmeti ve dolayısıyla bu hizmeti düzenleyen sözleşmeyi objektif hukuk kuralı saymak gerekir. Sözleşmenin kendisi de hizmetin objektif kaidelerini, statüsünü kapsayan kurallardır. İdare de bu objektif kurallara tabidir. Hizmetten yararlanacaklara sunulan bu kurallar aslında bir statünün kurallarıdır. İdare de bu statünün kurallarını belirlemede irade serbestliğine sahip olmayıp, kamu hukuku kuralları ile bağlıdır. Bu nedenle bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki sözleşme yapılmadan önce sözleşme şartlarının tek taraflı olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesinde idarenin kamu

Sınai ve ticari hizmetlerin işleyişinden kaynaklan uyuşmazlıklarda, özel hukukun yargısı olan adli yargı önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıca, özel hukukun yargısının kamu hizmetlerindeki uygulama alanını genişletmek, yani kamu hizmetlerinin tabi olduğu yargı düzenini “özelleştirmek” amacının bir parçası olarak, kamu hukukunda yeri olmayan, tahkim kurumu 1999 yılında anayasal hale getirilmiştir.

Bu hukuki özelleştirmelerin dışında, kamu hizmetleri finanssal yönlendirme ile piyasa işleyiş kurallarına tabi kılınmaya da çalışılmaktadır. Klasik hizmetler de dahil olmak üzere, hizmet yerine getiren birimler kamusal finansman yerine, özel finansmana yönlendirilmektedir. Özellikle KİT’ler tarafından özel bankalardan alınan ticari krediler, özel bankacılık sisteminin gelişmesine, KİT’lerin ise mali yönden çökmesine yol açmıştır. Bunun dışında, kaynaksız bırakılan kamu hizmeti örgütleri, birer işletme birimi olarak algılanarak kendi kaynaklarını sağlamaları istenmektedir. Kamu kurumlarının döner sermaye işletmeleri, yardım birlikleri, dernekleri ve vakıfları, zaman zaman o hizmet için ayrılan bütçe kaynaklarından fazlasını kullanan, kamu hizmetinin her türünü ve hizmete içkin olan kamu gücünü paraya çevirerek kaynak bulan birimler olarak yaygınlaşmaktadır. Kamusal kaynaklarla, mal ve hizmet üreterek toplumsal ihtiyacı karşılamak yerine, satmak için mal ve hizmet üretmek, gerekirse kamu gücünü paraya çevirerek faaliyeti sürdürmek ve kârdan doğrudan (döner sermaye) ya da çalışma koşullarının iyileştirilmesi şeklinde dolaylı biçimde pay almak kamu hizmeti etiğinin yerini piyasa ilkelerinin alması sonucunu doğurmaktadır.

Kamu örgütü artık klasik biçimde varlığını sürdürmemekte; kolluk güçleri başta olmak üzere, tüm kamu hizmeti birimleri, kullanıcılardan çeşitli biçimlerde para toplayan çeşitli biçim ve adlarla ortaya çıkan örgütlerle çevrilmiş durumdadır.

Hizmetlerin işleyişinde, kamusal tatmin temel ölçütü yerine işletmecilik ölçütleri kullanılmaya başlanmıştır. Kimi durumlarda kamu hizmeti örgütlerinin,

gücünü kullanarak idari tasarrufta bulunduğunu kabul etmek gerekir.” D8.D., E.1997/185,

kamuya hizmet amacı bile geri plana atılabilmektedir. Örneğin, kamu hastanelerinde doktorların ücretli muayene yapabilmesi, doktorlara geniş bir müşteri çevresi içinde, iyi bir donanım ile çalışma ve para kazanma olanağı verirken, bazı kişilere de parasını vererek kamu hastanelerinde özel muamele görme imkânı sağlamaktadır. Hastane aldığı pay oranında tüm olanaklarını seferber etmekte olası bir kusurdan kaynaklanan zarar durumunda muhatap olmaktadır.⁷³³ Kamuya hizmet amacının geri plana atılarak özel çıkarlara hizmet edilmesinin güzel bir örneği de kamu üniversitelerinin ve araştırma merkezlerinin olanaklarının ticari malların faydalarını ve erdemlerini anlatan ve reklamlarda kullanılmak üzere hazırlatılan incelemeler için kullanılmasıdır.

Kamu hizmetleri, gerek klasik gerek sınıai veya ticari, hukuki rejimi, işletilme yöntemleri ve hakim olan ilkeler bakımından hızla ticarileşmektedir. Bununla bağlantılı olarak kamu hizmetinin örgütlenme ve işleyişine, hukuki yapıyı da hızla değiştiren, “işletmeci” mantık hakim olmaktadır.⁷³⁴

a) Sınıai veya ticari kamu Hizmetleri

Kamu hizmetleri, konusu bakımından “sınıai veya ticari kamu hizmetleri” ile “idari kamu hizmetleri” ayırımına tabi tutulmaktadır. İki kategorinin ayırım ölçütünü de yansıtmak üzere “konusu bakımından” denmekle birlikte, tek ayırım ölçütü konu değildir.

K.1997/2229, k.t.23.6.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.538-539.

⁷³³ Örnek Demichel, **Grandes services publics et entreprises national**, s.23’den alınmıştır. Ancak ülkemizde de aynı şekilde uygulanmaktadır.

⁷³⁴ İdarenin işleyişine hakim olan “hukuksal mantıktan”, “işletmeci mantığına geçiş” olarak tanımlanan ve 1980’lere tarihlenen bu gelişme için bkz. Jacques Chevallier, Danièle Loschak, “Rationalité juridique et rationalité managériale dans l’administration française”, **RFAP**, sy.24, 1982, s.52. Yazarlar, güvenlik, istikrar ve kesinlik ihtiyaçlarının belirlediği hukuksallık yerine, etkenlik, kârlılık ve rekabetçilik ihtiyaçlarının belirlediği bir yeni işletmeci mantığına geçildiği, artık idarenin bu mantık doğrultusunda örgütlendiği ve işlediği saptamasını yapıyorlar. Ayrıca bkz. Turgut Tan, “İdarede Yeni Ussallık Arayışları ve Hukuk”, **Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu**, c.1, Ankara, TODAİE Yayınları, 1995, s.175

Her iki kategorideki kamu hizmetleri de toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimi gerçekleştirmektedir. Kamu hizmetiyle karşılanan toplumsal ihtiyaçların çeşitliliğinin, kamu hizmetlerini de farklılaştıracağı düşünülebilir. Ancak, kamu hizmetinin tatmine çalıştığı her değişik toplumsal ihtiyacın yeni bir kategori oluşturmayacağı da açıktır. İdare hukukumuzda Duran ve Günday tarafından benimsenen sosyal, kültürel, bilimsel, teknik vb. kamu hizmetleri kategorileştirilmesi, örneğin, sanatsal, çevresel, tarihi, sportif vb. gibi kategorilerin neden sayılmadığı sorusuyla karşılaşılabılır.

Örneğin, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Naliato (TC, 1955)* kararıyla "sosyal kamu hizmetleri" kategorisi de kabul edilmiş ancak, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin daha sonraki *Gambini (TC, 1983)* Kararı ve öğretinin yorumlarıyla, sosyal kamu hizmetlerinin de idari kamu hizmetlerinin içinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.⁷³⁵

Temel ayrım olan, sınai veya ticari kamu hizmetleri/idari kamu hizmetleri ayrımının kaynağı, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Bac d'Eloka (TC, 1921)* Kararıdır. Kararda, “*Côt-d'Ivoire kolonisinin, ücret karşılığında, insanları ve araçları bir kıydan diğerine taşıma işinin, özel taşımacılığa benzer nitelikte olduğu ve bu nedenle özel hukuka tabi olacağı*” saptanmaktadır. Kararda sınai veya ticari kamu hizmetleri terimi kullanılmamıştır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin, arabalı vapur işleterek, adayla kara arasında ulaşım ihtiyacının karşılanması faaliyetinin niteliğini ve buna bağlı olarak da idari yargının görevli olup olmadığını araştırmış; Côte d'Ivoire kolonisi tarafından emanet usulüyle doğrudan işletilmesine rağmen, *Bac d'Eloka (TC, 1921)* isimli araba vapuru üzerinde meydana gelen

⁷³⁵ Sosyal kamu hizmetleri kategorisinin oluşumuna yol açan *Naliota* olayı, bir bakanlığın tatil kolonilerinden birinde gerçekleşen kazaya ilişkindir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin tatil için gerçekleştirdiği faaliyetin, özel girişimcilerin faaliyetleri karşısında hiçbir özellik taşımadığına ve dolayısıyla adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Sosyal kamu hizmetleri kategorisinin sonunu ilan eden, *Gambini* olayı da yine idarenin kurduğu bir tatil köyüne ilişkindir. İdari yargının görevli olduğuna karar verilmiştir. Morand-Deville, **Cours de Droit Administratif**, s.486

kazadan sorumluluk konusunda özel hukuk kurallarının uygulanacağına karar vermiştir.⁷³⁶

“Araba vapuru Eloka’nın kamu malı olmaması, Côte d’Ivoire kolonisinin, alınan para karşılığı iki kıyı arasında yaptığı, insan ve araba taşımacılığı hizmetini olağan bir girişimci ile aynı koşullarda yerine getirmesi; idari yargıyı görevli kılan özel bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, araba vapurunun kötü bakımı ya da işletilmesinden kaynaklanan zararın sonuçları konusunda karar verme adli yargının görevindedir ...”⁷³⁷

Bu kararla, özel girişimcilerle aynı koşullarda yerine getirilen kamu hizmetlerinin varlığı ve bunların işleyişinden doğan uyumsuzlukların kural olarak adli yargıya tabi olacağı kabul edilmiştir.

Yargılamada görüş sunan hükümet komiseri Matter, kamu hizmetleri arasındaki bu ayrımı daha açık bir biçimde ortaya koymuştur: Matter, devlet tarafından “kamu gücü sıfatıyla” yürütülen, “devletle ya da kamu idaresiyle aynı özden olan kamu hizmetleri” ile kamu hizmeti olmakla birlikte “özel nitelikte bulunan ve devlet tarafından, kimse yerine getirmediği ve yerine getirilmesi kamu yararına olduğu için rastlantısal ve arazi olarak üstlenilen” hizmetler arasında bir ayrım yapmaktadır.

“... devlet, doğasında bulunmayan, tüm bireyler tarafından üstlenilebilecek hizmetleri yerine getirmeyi de üstlenebilir. ... Kimi hizmetler devletin, idarenin doğasından kaynaklanır, bunlar için idari yargı yetkilidir; diğer hizmetleri ise özel niteliklidir ve bunlar devlet tarafından, hiçbir birey üstlenmediği, ancak kamu yararı gereği yerine getirilmesi gerektiği için tesadüfi ve anlık olarak üstlenilmiştir ve bunların işleyişinden kaynaklanan uyumsuzluklar adli yargıya tabidir.”⁷³⁸

⁷³⁶ İşin ilginç yanı, sınai veya ticari kamu hizmeti, idari kamu hizmeti ayrımı bu kararda varılan sonuçlar üzerine inşa edilmiş; kararda arabalı vapur işletmesi olağan ticari faaliyet kabul edilmiş olmasına karşın, yaklaşık elli yıl sonra arabalı vapur işletmesi Fransız Devlet Şurası tarafından idari kamu hizmeti olarak nitelenmiştir (*Denoyez et Chorques, CE, 1974*). Aktaran **Ibid.**, s.484

⁷³⁷ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi (*Colonie de la Côte d’Ivoire c/Société commerciale de l’Ouest africain, TC, 1921*), **GAJA**, s. 223; Kısa adıyla *Bac d’Eloka* kararı.

⁷³⁸ **Ibid.**, 224

Fransız öğretisinde, Devlet Şurası'nın *Terrier* (CE, 1903) ve *Société des granits porphyroides des Vosges* (CE, 1912) kararlarına atıfla, özel yürütümün zaten varolduğu, bu nedenle *Bac d'Eloka* (TC, 1921) kararının yenilik getirmediği savunulmaktadır.⁷³⁹

Terrier ve sayılan diğer benzeri kararlar, hamiyet-temşiyet ayrımına dayanır. Devlete iki kişilik tanırırlar. Kamu kişiliği ve özel kişiliği. Sadece “kamu kişiliğiyle devlet”in yaptığı faaliyetler, kamu hizmetidir ve idaridir. Devletin kişilikleri arasında seçim yapma serbestisi yoktur. Devlet özel kişilik olarak piyasada özel girişimcilerle eşit faaliyette bulunursa bu bir kamu hizmeti değil ticari faaliyettir ve özel hukuka tabi olur. *Bac d'Eloka* (TC, 1921) kararı ve sonrasında geliştirilen sınaî veya ticarî kamu hizmetleri kategorisi ise çift kişilikli, hakimiyet-temşiyet ayrımını aşmıştır. Devletin, kamusal tek görünümü vardır. İdarenin yaptığı ve özel faaliyetlere benzer faaliyetler de bu kamu kişinin faaliyetidir. Ancak özel faaliyetlere benzerliği oranında kamu hukuku rejiminden farklılaşır (ya da tersten söylersek, özel faaliyetlere benzemezliği oranda ortak hukuktan farklılaşır). Kamu kişinin yerine getirdiği hizmetin, özel girişimlere benzemesi, hizmetin hukukunu blok olarak, yani yüzde yüz özelleştiremez.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, “sıradan girişimcilerle aynı koşullarda işletilen hizmetleri” adli yargıya tabi kılarak liberallerin, devletin sınaî ve ticarî girişimleri karşısındaki tepkilerini yansıttığı ve bu sayede devletin iktisadî müdahalelerini sınırlı tutmaya çalıştığı görüşü savunulmuştur.⁷⁴⁰ İdare hukukuna ve idari yargıya tabi olmamanın, idareyi iktisadî faaliyetlerden neden alıkoyacağı sorulabilir. Ayrıca, *Bac d'Eloka*'nın (TC, 1921) kurduğu mantık, kapitalist ilke ile uyumludur; tüm toplumsal kesimlerin, kabullenmek zorunda oldukları merkezi zor kullanma tekelinin yani devletin, bu niteliği nedeniyle piyasadan karşılanamaz ve devredilemez olduğu kabul edilen faaliyetleri ile, arızı olarak üstlendiği diğer

⁷³⁹ Mescheriakoff, “L'Arrêt du bac d'Eloka. Légende et réalité...”, s.1059 -1081

⁷⁴⁰ Morand-Deville, **Cours de Droit Administratif**, s.483

faaliyetleri arasında ayırım yapılmaktadır. Ayırımın doğurduğu kategoriler, “ideal tip”lerdir ve ara/geçiş durumlarının bulunacağı açıktır. Örneğin, özel güvenlik teşkilatı veya geçici köy korucusu uygulamaları özel girişimin, devletin merkezi zor kullanma tekeli alanına doğru genişlemesini ifade etmektedir. Yerel yönetimlerin süpermarketler kurması da devletin, özel girişim alanına doğru ilerlemesinin uç örneklerinden biridir.

Ayrıca sınai veya ticari kamu hizmetleri kategorisinin yaratılmasıyla kamu hizmeti niteliği tanınan faaliyetlerin sahası genişlediği için Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’ne atfedilen niyetin aksine bir sonuç doğduğu da kabul edilebilir. Sınai veya ticari kamu hizmetleri kategorisi, kamu hizmeti alanlarının genişlemesi sonucunu doğurmuş, ancak bu genişleyen alanlardaki hukuki rejim, klasik kamu hizmetlerinden farklı olarak önemli oranda idare hukuku kurallarının dışında kalmıştır. *Bac d’Eloka (TC, 1921)* kararının açtığı yolda geliştirilen sınai veya ticari kamu hizmetleri kategorisi, kamu hizmetleri hukuki krizinin nedeni olarak kabul edilmektedir.⁷⁴¹

Bu nitelikleriyle de kapitalist ilkeye, yani toplumsal ihtiyaçların piyasada özel girişimin mal ve hizmet üretimiyle serbest değişim ilişkileriyle karşılanacağı kuralına, istisna teşkil ederler. Devletin, özel girişimci rolüne soyunması, klasik iktisatta ancak piyasa yetersizliği durumunda ve istisnai olarak mümkündür; piyasa yeterli hale geldiği oranda devlet girişimleri bu alanlardan çekilmek zorundadır. Devlet, birinci bölümde göstermeye çalıştığımız gibi, kapitalist üretim biçiminin ihtiyaçları doğrultusunda (örneğin, dönemsel olarak benimsenen sermaye birim tarzına göre), kimi tipik piyasa alanlarını da kamu hizmeti olarak üstlenebilir. Sınai veya ticari kamu hizmetleri kategorisi de genellikle, yüzyıl başındaki dünya iktisadi buhranından 1974 petrol krizine kadar, piyasa aleyhine sürekli genişleyen kamu hizmetleri alanlarının hukuki yönünü açıklamaktadır.

⁷⁴¹ Claude Rossillion, “Les ‘entreprises publique’ et la notion de service public industriel ou commercial”, *AJDA*, 1956, s.41

“Sınai veya ticari kamu hizmetleri” - “idari kamu hizmetleri” ayrımını tanımlayabilmek için, Fransız içtihadında çeşitli ölçütler geliştirilmiştir. Yasakoyucunun iradesi, hizmetin konusu, hizmetin örgütlenme ve işleyiş koşulları, kâr elde edilmesi, hizmetin finansman biçimi kullanılan “belirtiler”dir.⁷⁴² Ayrıca, Chapus'nün önerdiği kâr amaçlı faaliyetler - hizmet amaçlı faaliyetler ayrımının kullanılabileceği de ileri sürülmektedir.⁷⁴³

İdari kamu hizmetlerinde kâr amacının bulunmaması ayırım ölçüsü olarak benimsenmektedir. Kanımca sınai veya ticari kamu hizmetlerinde de kâr asıl amaç olmamalıdır. Kamu hizmetinin kâr getiren faaliyet türlerini kapsıyor olması, hizmetin işleyişinde kâr elde etmeyi temel amaç haline getirmez. Kâr amacı gütmeme verimsiz çalışma anlamına gelmez.⁷⁴⁴ Amaç kamusal ihtiyaçları tatminse, verimlilik arayışı önemli bir faaliyet ilkesidir. Kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin 233 sayılı KHK’de, “kârlılık” ve “verimlilik” temel amaç olarak öngörülmüştür.

İdari kamu hizmetlerini tanımlamak ve bunun dışında kalanları sınai veya ticari kamu hizmetleri olarak kabul etmek de bir yöntem olarak kabul edilebilir. Bu bağlamda, hizmetin ücretsiz oluşu, kamu kişisi tarafından doğrudan yürütülüyor olması, kamusal denetim sistemlerine tabi olması gibi özellikler de idari kamu hizmetinin ölçütleri olarak kullanılabilir.⁷⁴⁵

Hizmetin işleyiş maliyetinin, vergilerle veya kamu sübvansiyonları ile karşılanması ile hizmet karşılığı doğrudan kullanıcılardan alınan bedellerle

⁷⁴² Sınai veya ticari kamu hizmetlerini tanımlamakta kullanılan ölçütlere ilişkin kararlar için bkz. Ed.Pierre le Mire, **L'action administrative:II.Les activités de prestation**, La documentation française, Paris, 1991, s.11 -16

⁷⁴³ Morand-Deville, **Cours de Droit Administratif**, s.481

⁷⁴⁴ Sınai veya ticari kamu hizmetlerinde kamu yararını sağlama amacıyla kârlılık ve verimlilik amacının çelişik olduğu görüşü için bkz. Jean Rivero, “Les deux finalités du service public industriel et commercial”, **CJEG**, Juin 1994, s.377; Rivero’ya göre, kamu hizmeti kâr arayışında olamaz ama finansal kaygılara da duyarsız kalamaz. İktisadilik bunu gerektirir. Zira elde edilecek iktisadi artılar, özel girişimden farklı olarak, yine kamu hizmeti için kullanılacaktır. s.378

⁷⁴⁵ Morand-Deville, **Cours de Droit Administratif**, s.482

karşılanması da bir ayırım ölçütüdür. Birinci durum idari kamu hizmetlerine, ikinci durum ise sınai veya ticari kamu hizmetlerine işaret eder. Ancak yeni kurulan tüm kamu hizmetlerinde, kuruluş sermayesinin, kamu birikimine dayandığı da unutulmamalıdır. Ayrıca, fiyatlandırılma, artık mümkün olan en geniş oranda kamu hizmetlerine tatbik edilmeye çalışılan bir finansman mekanizmasına dönüşmüş durumdadır. İktisadi ölçülere göre bir fiyatlandırma yapılamadığı durumlarda da vergide geçerli olan ilkelere benzer şekilde, ödeme gücüne göre, yaklaşık bir bedel kullanıcılara yükletilmektedir. Bu nedenle, hizmetin maliyetine, kullanıcıların kullanım sırasında katılmasının, ayırım ölçütü niteliği zayıflamaktadır.

Sınai veya ticari kamu hizmetleri ile idari kamu hizmetleri arasında yapılan ayırımının önemi, hukuki sonuçları bakımından ortaya çıkmaktadır. Ayırımın önemli hukuki sonuçları bulunmaktadır. Piyasanın, üretim ilişkileri alanının kurallarından belirli oranda bağışık kılınmış olmayı kamu hizmetinin kurucu ögesi olarak ele almıştık. Sınai veya ticari kamu hizmetlerinde bu oran, tüm diğer kamusal faaliyetlere göre enazdır. Bunların da, kamu hizmeti yerine getirdiklerinden, kamulaştırma yetkileri, tek yanlı işlem tesis etme gibi kamusal yetkileri sürmektedir; ancak örneğin, tabi oldukları yargı düzeni, esas olarak, olağan yargı düzenidir; istisnalar dışında çalışanları kamu görevlisi statüsünde değildir. Yani ortak hukuk, özel hukuk sınai veya ticari kamu hizmetlerinin işleyişinde ağırlık taşır.

İdari kamu hizmetleri için kamusal rejim geçerlidir ve ağırlıklı olarak idare hukuku uygulanır. Kural olarak, hizmetin yerine getirilmesi sırasında yapılan tek yanlı işlemler, idari işlem; hizmeti konu alan sözleşmeler idari sözleşme, hizmete tahsis edilen mallar idari mal ve personel kamu görevlisidir. İdari hizmetlerin kullanıcıların, hizmetle ilişkisi kuralsal (statü ilişkisi) niteliktedir. Özel işletme teknikleri, özel hukukun mali denetim sistemleri uygulanır. Ayrıca, aşağıda görüleceği üzere, hizmetin örgütlenme modelinde de özel hukuk biçimlerinden doğrudan yararlanılmaktadır. Kullanıcıların hizmetle ilişkileri, özel hukuktan kaynaklanan sözleşme ilişkileridir.

Sınai veya ticari kamu hizmetleri, her şeyden önce kamu hizmetleridir. Bunlar

kamu hizmetinin minimum rejimini temsil eden kamu hizmeti ilkelerinden bağışık tutulmaz. Özel hukuk rejimi esas olmakla birlikte, sınai veya ticari kamu hizmetlerinin işleyişinde de kamu hizmeti ilkeleri varlığını sürdürmektedir.

Karma nitelikleriyle bu iki kategori arasındaki ayrım, idari yargının görev alanı konusunda sürekli bir arayışın ve karışıklığın da varlık nedenidir. Hukukumuzda, kamu hizmetlerinin bu kategorilerini kullanarak görev sorunlarını çözme konusunda bir hassasiyet bulunmamaktadır.

Sınai veya ticari kamu hizmetlerinin örgütlenmesi çeşitli hukuki biçimler alabilmektedir. Yukarıda ele aldığımız iktisadi kamu kurumları, kamu şirketleri, karma şirketler vs. Bir üst başlık olarak “kamu girişimi” kategorisi önerilebilir.⁷⁴⁶ Nitekim sınai veya ticari kamu hizmetlerinin bir kısmını düzenleyen 233 sayılı KHK’de de bu çerçevede bir sistem kurulmuştur.

Sınai veya ticari kamu hizmeti örgütlenmelerinin hukuki rejiminin büyük bir kısmı ticaret hukuku tarafından kapsamaktadır. Ticaret Kanunu'nun kurduğu sistem içinde, sınai veya ticari kamu hizmetlerini yerine getirmeye yönelik girişimler ticari işletme ve tacir sayılmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 14. maddesinde göre, “*bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir.*” Ticari işletme, Kanunu'nun 11. maddesinde tanımlanmıştır: “*ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğerk müesseseler, ticari işletme sayılır.*” 12. maddede de ticarethane ve fabrika, örnekler aracılığıyla tanımlanmıştır. Yapılan tanım, her türlü mal ve hizmet üretim ve ticaretini kapsar niteliktedir. Tarım ve küçük esnaf faaliyetlerini de kapsam dışında tutmamak için 13. maddede “işin ehemmiyetinin ticari muhasebeyi gerektirmesi” ticari şekilde işletilen müessese olma ölçütü olarak öngörölmüştür.

Ticaret Kanunu'nun tacir ve ticari işletme kavramları kapsamlıdır. Kanunu'nun uygulama alanı da bu kavramlarla belirlenir. Ticari hükümleri tanımlayan 1. maddeye

⁷⁴⁶ Bkz, Rossillion, “Les ‘entreprises publique’ et la notion de service pu blic industriel ou commercial”, s.41

göre, “... bu kanundaki hükümlerle, bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen herhangi bir müesseseyi ilgilendiren muamele, fiil ve işlere dair diğer kanunlarda yazılı hükümler, ticari hükümlerdir.” 3. maddede ticari işler, “bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir” şeklinde tanımlanmıştır.

Ticaret Kanunu'nun kurduğu ticari işletme temelli çerçeveye kapsayıcıdır. Kamusal örgütlenmelerin gerçekleştirdiği mal ve hizmet üretim faaliyetlerinin de bu kapsamda yer alacağı açıktır. Açıklığa karşın, tüm şüpheleri bertaraf etmek için olsa gerek, 18. maddede bunlar da açıkça düzenlenmiştir. I. fıkraya göre, “... kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere, devlet, vilayet, belediye gibi âmme hükmi şahısları tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler dahi tacir sayılırlar.” Görüldüğü üzere tüccarlık vasfı, kurulan teşekkül ve müesseselere tanınmıştır. II. fıkra bu özellik, tekrarlanarak vurgulanmaktadır. “Devlet, vilâyet ve belediye gibi âmme hükmi şahısları ile umumi menfaate hadim cemiyetler, bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya, ister âmme hukuku hükümlerine göre idare edilen ve işletilen bir hükmi şahıs eliyle işletsinler kendileri tacir sayılmazlar.”

Ticaret Kanunu düzenlemesine göre, kamu girişimlerinin tacir sayılabilmeleri için özel hukuk hükümlerine tabi olması gerekmektedir. Bu nedenle kamu hukuku hükümlerine göre kurulan ve kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen teşekkül ve müesseseler tacir sayılmazlar. Örneğin, iş esası üzerine kurulmuş olan cezaevleri, işyurtları ve islâh evleri tüzelkişiliğe sahipseler de kuruluş kanununda özel hukuk hükümlerine göre çalışacakları belirtilmediğinden bunlar tacir sıfatına haiz değildir.⁷⁴⁷

⁷⁴⁷ Yargıtay Ticaret Dairesi, E.1967/114, K.1967/284, k.t.27.1.1967, Aktaran, Sabih Arkan, **Ticarî İşletme Hukuku**, 3.B., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997, s.118

Tacir sayılmak için, mal ve hizmet üretimi yapan örgütlenmenin hukuki biçiminin de önemi bulunmamaktadır. Gerçek kişi, dernek, şirket veya 233 sayılı KHK'nin öngördüğü “müessese” tipi de olabilir.

Kamu iktisadi teşekkülleri (İDT ve KİK), şirket veya müessese tipinde örgütlenmiş olması fark etmeksizin, 233 sayılı KHK'de özel hukuka tabi oldukları belirtildiklerinden Ticaret Kanunu anlamında tacir sayılacak ve ticaret hukukuna tabi olacaklardır.

Tacir sayılıp özel hukuka tabi olan kamu girişimleri sadece KİT'ler değildir. Bunların dışında bir grup daha bulunmaktadır. “Bu gruba, kamu iktisadi teşebbüsü veya bunlara ait müessese niteliğinde olmamakla birlikte kuruluş kanunları uyarınca özel hukuk hükümleri dairesinde yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediye gibi kamu tüzelkişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler de girer. Bu anlamda *ticari şekilde işletilmek*, yönetim ve işletmede kârlılık ve verimlilik ilkelerinin egemen olmasını ve ilgili kurum personelinin basiretli iş adamı gibi hareket etmesini gerektirir.”⁷⁴⁸

Artık her türlü devlet girişiminin kuruluş kanununda özel hukuka tabi olma ve Devlet İhale Kanunu ile Muhasebe Umumi Kanunu hükümlerine tabi olmama standart şekilde yer almaktadır. Bu kurgu çerçevesinde ticari işletme ve tacir kavramları dolayısıyla ticaret hukuku kamu kesimine doğru alabildiğine genişlemektedir. Örneğin⁷⁴⁹, Ordu Yardımlaşma Kurumu, Ankara Sular İdaresi ve Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu, kuruluş kanunlarında yer alan, “bu kanunda belirtilmeyen hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir” hükmüne dayanılarak tacir sayılmaktadır.

Ayrıca, Ticaret Sicili Nizamnamesine göre, (m.13/II ve m.75) kamu tüzelkişilerine ait işletmelerin, tüzelkişiliği bulunmasa bile ticaret siciline

⁷⁴⁸ **Ibid.**, s.120

⁷⁴⁹ Örnekler için **Ibid.**

kaydedilmesi gerekmektedir. Örneğin, belediye ekmek fabrikası, otobüs işletmesi, üniversite basımevi, tacir sayılacak ve ticaret siciline kaydolacaktır.

Ticaret Kanunu'nun kurduğu sistem, kamusal örgütlerin varlık nedenlerinin ticaret yapmak olmadığı, belirli bir toplumsal ihtiyacı karşılamak üzere kurulmuş olduğu gerçeğini tamamen gözardı etmektedir.⁷⁵⁰

Benzer bir yaklaşım, daha sınırlı olmakla birlikte vergi hukukunda da yerleşiktir. Özellikle katma değer vergisi konusunda, hemen her türlü kamusal örgütlenmenin faaliyeti, iktisadi ve ticari sayılmakta ve katma değer vergisi kapsamında değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Kamusal ihtiyaçların gereklerine dayandığı düşünülebilen istisnalar da sınırlı bir şekilde yorumlanmaktadır.⁷⁵¹ 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinde iktisadi kamu müesseselerinin

⁷⁵⁰ Türk Ticaret Kanunu, kamusal örgütlenmelerin mal ve hizmet üretimini de kapsamına aldığı gibi, bunlar, Türkiye'deki bilanço esasına göre defter tutan teşebbüs ve işletmelerin muhasebe sistemi kapsamına da alınmıştır. 1 Sıralı Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğ'in, düzenlemenin kapsamı başlıklı IV. maddesinde *“yapılan düzenlemenin kapsamına bilanço esasına göre defter tutan gerçek ve tüzelkişiler girmektedir. Diğer bir anlatımla, sözkonusu teşebbüs ve işletmeler bu Tebliğle belirlenen muhasebe usul ve esaslarına uymak zorundadırlar. Teşebbüs ve işletmelerin kamu idare ve müesseselerine ait olması hukuki yapılarının farklılığı, özel kanunlarının bulunması ... bu mecburiyetleri yerine getirmelerine engel teşkil etmemektedir.”* Tebliğ için bkz., **Muhasebenin Temel Kavramları ve Tekdüzen Hesap Planı**, TÜRMOB Yayınları 8, Ankara 1994

⁷⁵¹ Danıştay, Üniversitelere bağlı olarak faaliyet gösteren döner sermaye işletmelerinin iktisadi işletme olarak nitelendirip kurumlar bunlardan vergisi alınmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. D4.D., E.1996/2107, K.1996/5732, k.t.19.12.1996, **DD.**, sy. 96, 1998, s.170-173. Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 13. Bölge Müdürlüğü bünyesinde bulunan sosyal tesislerinde yemek, yatak, lokal, kafeterya, konaklama gibi verilen hizmetlerin, 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 1. maddesinde öngörülen ticari faaliyet çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerden olmadığından katma değer vergisine tabi tutulamayacağına karar verilmiştir. Danıştay 9. Dairesi, Zonguldak Vergi Mahkemesinin, *“...her ne kadar 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 19. maddesinin I. fıkrasında, diğer kanunlardaki vergi muafıkları ve istisna hükümlerinin bu vergi bakımından geçersiz olduğu, katma değer vergisine ilişkin istisna ve muafiyetlerin ancak bu kanun hükmüne eklenerek veya bu kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceği hükmüne göre, kurumun teşkilat ve kuruluşu hakkındaki yasada yer alan muafiyet hükmünün katma değer vergisini kapsamadığı sonucuna ulaşılmakta ise de, davacı kurumun faaliyetinin ticari, zirai, sınai bir faaliyet olmadığı, kuruluş yasasında sayıldığı gibi yaptığı hizmetin bir kamu görevi olduğu...”* yönündeki kararını onaylamıştır. D9.D., E.1996/6416, K.1997/3983, k.t. 9.12.1997, **DD.**, sy. 96, 1998, s.506-507.

kazançlarının kurumlar vergisine tabi olduğu ve kurum kazancının gelir vergisi mevzuuna giren gelir unsurlarından terekküp edeceği belirlenmiştir. 4. maddede, *“Devlete, özel idarelere, belediyelere ve diğer kamu idarelerine ve müesseselerin e ait olup faaliyetleri devamlı bulunan ve birinci maddenin (A) ve (B) işaretli bentleri haricinde kalan ticari, sınai ve zirai işletmeler iktisadi kamu müesseseleridir. Bunların kazanç gayesi gütmemeleri faaliyetin kanunla devdi edilmiş görevler arasında bulunması, tüzelkişiliklerinin olmaması, müstakil muhasebeleri ve kendilerine tahsis edilmiş sermayelerinin veya işyerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerine tesir etmez”* hükmü yer almaktadır.

Hukuki rejime ilişkin bu teknik açıklamaların ötesinde, ülkemizde kamu hizmeti alanlarının yeniden yapılanmasında, sınai veya ticari kamu hizmetleri, idari kamu hizmetleri ayrımı bağlamında üç nokta saptanabilir. Buna göre, devlet, piyasanın aleyhine -piyasaya rağmen değil- üstlendiği kamu hizmeti alanlarının bir kısmını tasfiye etmektedir (metalaştırma). Tasfiye edilen alanlardaki toplumsal ihtiyaçlar artık tamamen piyasa tarafından, piyasa ilişkileri çerçevesinde karşılanacaktır. Bunlara (burs gibi, fakirlik yardımı gibi) çeşitli düzelticiler getirildiği de olmaktadır. Ancak sanılanın aksine, devletin işlev boşaltması esas gelişme değildir. Devlet, kamu hizmeti alanlarını piyasaya devretmekten ziyade; bu alanlardaki kamusal faaliyetlerini tasfiye etmekte ve bu alanları piyasa aktörlerine açmaktadır. Kamu hizmeti alanları, kamunun doğrudan faaliyetleri tasfiye edilmiş şekilde varlıklarını sürdürmekte; buradaki kamusal ayrıcalıklardan, imtiyazlar ve benzeri yöntemlerle özel girişimler yararlanmaktadır. Kamu hizmeti alanlarında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretme işlevi özel girişimcilere verilmektedir. Bu sayede özel girişim, piyasa risklerinden arındırılmış kamu hizmeti alanlarında, güvenceli kârlar elde etme şansına kavuşmakta, kamu hizmeti alanında üretilen değer önemli bir kısmı, girişimci kârı olarak özel alana aktarılmaktadır. Üçüncü bir gelişme, sınai veya ticari kamu hizmetlerinin, özel hukuk ağırlıklı işleyiş rejiminin, özellikle hizmetlerin kullanıcılara satılarak finanse edilmesinin, klasik (idari) kamu hizmetlerine de taşınmasıdır.

b) Özel Yürütüm - Kamusal Yürütüm Ayrımı

Kamu hizmeti alanlarında idarenin, bireyler arası eşit ilişkilerden köken alan kurallara tabi olarak faaliyet göstermesi “özel icra (yürütüm)” olarak adlandırılır. Kamusal ayrıcalık ve yükümlülüklerle tabi olunmadığı oranda özel yürütüm sözkonusudur. Kamusal yürütüm ise, tarihsel köken olarak egemeninin (kralın, padişahın) ayrıcalıklarıyla, daha sonra kamu gücünün ayrıcalıklarıyla ve modern idare hukukunda da kamu hizmetinin zorunluluklarıyla tanımlanan ve bireyler arası ilişkilerde bulunmayan ayrıcalık ve tabiiyetlerden oluşan ilke ve kurallara göre faaliyette bulunulmasını ifade eder. Birinci bölümde kamusal ve özel faaliyetler arasındaki nitelik farkları ele alındığından ayrıntıya girmiyoruz.

Ortak hukuktan farklı bir kamu hukuku sistemi benimsemiş bir yapı için, idari örgütlenmelerin, kamusal yürütüm dışında özel yürütüm kuralları uygulayabilmesi çelişik görülebilir.

Modern idare hukukunun ortaya çıkışında, yani idarenin, hukuk kurallarıyla kayıtlanması anlayışı yerleşirken, idarenin ortak hukuktan farklı bir hukuka tabi olacağı kabul edilmiştir. Bizim de kurum ve kategorileriyle belirli oranda benimsediğimiz Fransız idare hukukunun kökeni bu mantığa dayanır. İdare özel kişilerin ortak hukukunun dışında, işlevlerini yerine getirmesine olanak sağlamak için ve bununla sınırlı olarak farklı hukuk kurallarına tabi olacaktır. Fransa’da Devrim sonrası, Yıl VIII Kanunuyla, adli makamların herhangi bir surette idari faaliyetlere karışması yasaklanmıştır. Kamu hizmetlerini yerine getiren idare hakkında adli makamlar yetkisizdir. Doğuşunda idari yargı, adli makam sayılmamış, idare içinden evrilmiştir.

İdare hukukunun kurucu kararı olan Blanco kararında hükümet komiseri David, devletin görünümüleri arasında bir ayrıma gitmektedir: “Devlet malik ya da sözleşmeci olarak hareket ettiğinde ve bu sıfatından kaynaklanan bireyler arası ilişkilerle ilgili olarak, adli mahkemelerde yargılanabilirse de, kamu gücünün çeşitli

kamu hizmetlerini yerine getirmeyi üstlendiği durumlar için bu geçerli değildir.”⁷⁵² Mescheriakoff’un tanımlamasıyla “*Blanco öğretisi*”, kamu hizmeti, idare ve kamu gücü eşitliğine dayanır.

Blanco sisteminde, devletin kamu hizmeti gören kişiliği ile, malik olan, ticaret yapan, sözleşmeci kişiliği ayrılmaktadır: “Kamu gücü olarak devlet” - “özel kişi olarak devlet” ayrımı. Devletin kamu hizmeti gören kişiliğinin faaliyeti, idari örgüt ve kamu gücü aracılığıyla yerine getirilir ve idare hukukunu doğurur. Devletin kamu kişiliği, kamu hukuk ve usullerini uygular. Mescheriakoff, Fransız öğretisindeki genel kabulün aksine, *Terrier (CE, 1903)* kararında hükümet komiseri Romieu’nün görüşleriyle bu ayrımın aşıldığını savunmaktadır. Buna göre idare kamu hizmetleri yerine getirirken de özel kişiler gibi, onlarla eşit koşullarda faaliyette bulunabilir. Kararda klasik ilke tekrarlanmaktadır: “*kamu kişileri ile üçüncü kişiler arasındaki ya da kamu kişilerinin kendi aralarındaki, kamu hizmetinin yerine getirilmesi, yerine getirilmemesi ya da kötü yerine getirilmesine ilişkin işlemler (faaliyetler) idari yetkiye dahildir ve özel bir düzenlemenin yokluğu halinde, idari yargının doğal yargıcı olan Devlet Şurası’nın görevindedir.*”⁷⁵³ Yeniliği oluşturan hükümet komiserinin görüşleridir. Romieu’ya göre “*kamu hizmetini gerçekleştirirken kamu kişisi olarak davranan idare, kamu kişisi konumundan faydalanmayarak, örneğin özel hukuk sözleşmeleri yaparak, bireylerin olağan işlerine benzer faaliyetlerde bulunarak, kendini bireylerle eşit konumlandırabilir.*”⁷⁵⁴ Yani idare kamusal yürütüm (*gestion publique*) ile özel yürütüm (*gestion privée*) arasında seçim yapabilir. Seçim serbestisi, hükümet komiseri Blum’ün Devlet Şurası’nın *Société des granits porphyroides des Vosges (CE, 1912)* kararındaki görüşlerinde açıkça ortaya konmuştur: “*kamu hizmeti için faaliyet gösterirken idare kendi isteğiyle özel hukuk koşullarına tabi olabilir.*”⁷⁵⁵

⁷⁵² Mescheriakoff, “L’Arrêt du bac d’Eloka. Légende et réalité...”, s.1072

⁷⁵³ **Ibid**, s.1075

⁷⁵⁴ **Ibid**, s.1076

⁷⁵⁵ **Ibid**.

Mescheriakoff'a göre, hükümet komiseri Romieu, *Blanco* kararının, kamu kişisi olarak devlet/özel kişi olarak devlet ayrımını aşarak, kamu kişisi olarak devletin, yani idarenin de özel kişiler gibi faaliyette bulunabileceğini saptamıştır. Mescheriakoff, *Bac d'Eloka* (TC, 1921) kararının, sınai veya ticari kamu hizmetleri kategorisi yaratmadığını, yol açtığı asıl sonucun, zaten *Terrier* (CE, 1903) kararından beri hukuken mümkün olan, kamu gücünün özel yürütümü bağlamı içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁵⁶

Kamu kişi olarak devlet/özel kişi olarak devlet ayrımına dayanan anlayışta, devlete iki kişilik tanınır. Kamu kişiliği ve özel kişilik. Sadece “kamu kişiliğiyle devlet”in yaptığı faaliyetler kamu hizmetidir ve idaridir. Özel kişilik olarak, piyasada özel girişimcilerle eşit faaliyette bulunursa, bu bir kamu hizmeti değil, ticari faaliyettir ve özel hukuka tabi olur. Romieu'nun görüşlerinde de bu çerçevenin dışına çıkıldığına ilişkin bir emare bulunmamaktadır. Mescheriakoff aksini savunurken, Romieu'nun “idarenin”, kendini özel kişilerle eşit konumlamasından bahsettiğini, yani bununla özel kişi gibi hareket edilmesi durumunda da eski öğretiden farklı olarak idarenin, bu niteliğini kaybederek, özel kişiye dönüşmediğinin vurgulandığını belirtmektedir. Terimler üzerindeki bu aşırı hassasiyet dışında, ayrımın Romieu'nun görüşleriyle aşıldığına ilişkin herhangi bir gerekçe bulmak mümkün değildir.

Bac d'Eloka (TC, 1921) kararı sınai veya ticari kamu hizmetleri kategorisinin doğuşuna kaynaklık ettiği gibi, kendisini önceleyen kararlarda izleri bulunan özel yürütüm yöntemini de açıkça ortaya koymuştur. Sınai veya ticari kamu hizmetleri kategorisi, kamu hizmetinin özel yürütümünün bir görünümüdür. İdarenin idari kamu hizmetlerini yerine getirirken de özel yürütümden yararlanabileceği kabul edilmektedir.

İdarenin yürütüm biçimleri arasında seçim hakkı bulunduğu söylenmektedir. Ancak bu durumda akla yöntemler arasında yapılacak seçimin sınırları sorusu gelmektedir. İdare hangi noktaya kadar özel yürütüm uygulayabilir? Saf özel

⁷⁵⁶ **Ibid**, s.1063

yürütüme tabi kamu hizmetleri ya da tümüyle kamusal usullerle gerçekleştirilen kamu hizmetleri var mıdır?

İdare üstlenilen kamu hizmeti alanlarında, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmadan da faaliyetini gerçekleştirebilecek durumdaysa, kapitalist iktisadi sistemin kuralı gereği, bu ayrıcalıklarını kullanmadan faaliyette bulunmak zorundadır. Varolan iktisadi yapıda, idarenin, kamu hizmeti alanları yaratması ve buralarda fiilen faaliyette bulunması, piyasa yetersizliğiyle açıklanan bir istisna olduğu gibi, kamu hizmetini yerine getirmek için, sözleşme, girişim ve mülkiyet gibi iktisadi yapının temeli olan hakları kısıtlar şeklinde kamu gücü ayrıcalıkları kullanması da istisna olmalıdır. Devletin kamu hizmeti olarak yükümlendiği alanların, piyasa aleyhine sürekli genişlemesi, idarenin sadece zorunlu durumlarda ve sınırlı olarak, kamusal yürütüme başvurmasını gerektirmektedir⁷⁵⁷; zira devletin üstlendiği tüm kamu hizmeti alanlarında, piyasa kurallarından mutlak şekilde bağımsız faaliyette bulunması düzen değişikliği anlamına gelir. Özetle idare, kamusal yürütüm yöntemini tüm kamu hizmetlerine mutlak şekilde uygulayamaz. Aynı şekilde, özel yürütümün tüm kamu hizmetlerinde uygulanabilmesi de mutlak değildir. Örneğin, bir karakolun, kârlılık ve verimlilik esaslarına göre, basiretli bir tacir gibi “işletilebilmesi”, hizmetten yararlananların müşteri olarak algılanması ve onlarla sözleşme ilkesi çerçevesinde ilişki kurulması elbette mümkün değildir.

İdarenin iki yürütüm biçimi arasında seçim serbestisi mutlak değildir.

Özel yürütüm, esas olarak sınai veya ticari kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde uygulanmakta ancak, bu hizmetlerin işleyişinde, kamulaştırma, idari sözleşmeler, tek yanlı idari işlemler ve kamu personeli çalıştırma gibi kamusal yürütüm unsurları sınırlı da olsa bulunmaktadır. İdari kamu hizmetlerin de ise kamusal yürütüm kuralıdır.

⁷⁵⁷ Delvolve’ye göre, “İdare, sınai veya ticari faaliyetleriyle serbest rekabet alanına girmektedir. İdare bu alana, eşitlik temelinde ortak hukuka tabi olarak girmek zorundadır. Bu nedenle idareye ortak hukuk rejimi uygulanmak zorundadır. Sınai veya ticari kamu

2. Hizmetin Yerine Getirilmesinde Özel Kesimden Yararlanılması

Kamu hizmetinin işleyişinde özel kesime yönelik, iki temel biçimde gerçekleşmektedir. Bir yandan kamu, özel kesimin örgütlenme biçimleri ve işleyiş yöntemlerini kullanmakta, yani kamu hizmetinin rejimini özelleştirmekte, öte yandan özel girişimi kamu hizmeti alanına sokmakta, yani kamu hizmetinin yerine getirilmesinde özel kesimden yararlanmaktadır. Yukarıda birinci durumu değerlendirmeye çalışmıştık, bu başlık altında da ikinci durumu çeşitli hipotezlerle ele almaya çalışacağız.

a) Kamu Hizmetinin İhtiyaç Duyduğu Mal ve Hizmetlerin Özel Kesimden Karşılması: Kamu İhaleleri

Hizmet kamusal örgüt tarafından yerine getirilmekle birlikte hizmetin işleyişi için gerekli olan bazı mal ve hizmetlerin piyasadan satın alınması gerekir.

Satın almaya başvurmadan da kamu hizmetinin ihtiyaçlarını karşılama yöntemleri bulunmaktadır. Taşınmaz mallar için istimlak ve taşınır mallar ve işgücü için istimval gibi. Ancak kapitalist sistemde bunlar sınırlı istisnalar olmak zorundadır. Nitekim öyledir de. Ülke tarihinin büyük felaketlerinden olan 17 Ağustos 1999 depreminden sonra dahi, hizmetlerin yürütülebilmesi için gerekli olan araç, gereç ve işgücü ihtiyacı, tüm hukuksal olanaklar ve koşullar bulunmasına karşın, kamusal usullerle karşılanmamış, piyasa yöntemlerine başvurulmuştur. Örneğin enkaz kaldırmak için gerekli olan araçlar kiralanmıştır.

Kamu hizmetlerinin kamu örgütü tarafından yerine getirilmesinde gerekli olan mal ve hizmetlerin karşılanmasında kamusal usuller çok sınırlı olarak kullanılmakta; genellikle satın alma, kiralama vb. gibi akdi yöntemlere başvurulmaktadır. Sözleşme,

hizmetleri kavramının işlevi de budur. Bir hizmet “doğası gereği”sınai veya ticari nitelikteyse idare özel hukuka tabi olmak zorundadır. Aktaran **Ibid**, s.1069

kamu hizmetlerinin ihtiyaçlarının karşılanması konusunda, idarenin özel kesimle ilişkiye girmesinin temel aracıdır. Öyle ki, aslında sözleşme kavramının mantığına ters düşen “idari sözleşmeler” kategorisi yaratılmıştır.

Burada kamu hizmetlerinin kamu örgütlenmesi tarafından yerine getirilmesinde ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin özel kesimden karşılanması ile kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi arasında bir ayrım yapmaktayız. Ayrımın önemi ortaya çıkan hukuki ilişkilerin nitelendirilmesinde ve hukuki rejiminin belirlenmesinde yardımcı olmasıdır. Önemli olan nokta, özel girişimden kamu hizmetinin ihtiyacı olan mal ve hizmet alımı ile kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi arasındaki farkı belirleyebilmektir. Örneğin, bir mahkemedeki bilgisayar yazıcıları için mürekkep alımı, kamu hizmeti için mal teminidir; duruşma salonlarının yaptırılması mal ve hizmet temini; bu sıralamayı sadece salt yargılama faaliyetini, yani sadece yargıçların faaliyetini dışta bırakacak şekilde genişletip bina temizlik, yemekhane, odacılık, güvenlik ve yazışma işlerini yargılama hizmeti için gerekli olan mal ve hizmet temini olarak değerlendirilebiliriz. Yani bu durumda nasıl bilgisayar yazıcıları için mürekkep veya bina inşası için müteahhitlik hizmetleri satın alınıyorsa, özel girişimcilere başvurularak özel temizlik şirketlerinden temizlik, uluslararası olanlar dahil özel yemek şirketlerinden yemek, özel güvenlik şirketlerinden güvenlik, özel posta şirketlerinden yazışma hizmetleri satın alınabilir. Nitekim, bilgi sahibi olmadığım sonuncu durum dışında, üniversitelerde bunların tümünün gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu örnekler uzatılabilir. Hukuki olanaklar da tanınmaktadır. Sosyal maliyetleri ve kamu hizmeti kaygılarını hesaba katmazsak – zira, bu özel girişimler sendikasız ve asgari ücretle, mesai sınırlarına tabi olmayan işgüvencesiz işçiler çalıştırma eğilimindedir- bu yöneme başvurma, maliyetlerde azalmaya da yol açabilir. Bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilecek sistemli ve tutarlı bir düzenleme için hukuki bir engel bulunmamaktadır. Hukuk bir tercih dayatmaz. Dayatılan tek şey kurallar hiyerarşisini bozmamaktır.

Kamu hizmetlerinin kamu örgütlenmesi tarafından yerine getirilmesinde ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin özel kesimden karşılanması ile kamu hizmetinin özel

kesime gördürülmesi arasındaki farkı belirleyebilmek güçtür. Örneğin, Devlet Memurları Kanunu'nda, memurlar için bir “yardımcı hizmetler sınıfı” bulunmaktadır. Yardımcı hizmetler sınıfındaki kamu görevlilerinin yerine getirdiği (kurumlarda her türlü yazı ve dosya dağıtma, müracaat sahiplerini karşılama, hizmet yerlerini temizleme, aydınlatma, ısıtma, ilaçlama, ölçüm; kurumlarda, çarşı ve mahallelerde koruma hizmetleri gibi “ana hizmetlere yardımcı” mahiyetteki) hizmetlerin, Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesine eklenen hükme göre, “*üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesi mümkündür.*” Bu durumda hangi olasılık geçerlidir. Piyasadan, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde ihtiyaç duyulan bir hizmet mi satın alınmaktadır, yoksa kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi mi sözkonusudur? Bu sorunun yanıtı, aşağıda ele alınacağı üzere, özel kesimle kurulan ilişkinin hukuki biçimini belirlemede etkilidir.

Kamu kesimi otarşik bir yapı değildir; tüm ihtiyaçlarını kendi kaynaklarıyla, kendi içinde üreterek karşılaması mümkün değildir. Bu açık bir gerçektir. Ancak sorun, hangi ilkenin hakim olduğudur. İlke olarak kamusal kaynaklara ağırlık verilerek kamu üretimi mi yapılmalıdır, yoksa hizmetin yerine getirilebilmesi için gerekli olan mal ve hizmetler özel kesimden mi karşılanmalıdır? Cumhuriyetin kuruluş yıllarının milli iktisat anlayışıyla başlayıp savaş sonrasının ithal ikameciliği ile yerleşen modelde vurgu, birincisinden yana idi; ancak çoktan beri ikincisiyle yer değiştirmiş; kamu kesimine hakim olan paradigma değişmiştir. İlginç bir şekilde, kamu kesimi çalışanları ve özellikle yöneticileri kamu örgütüne yapılacak her türlü üretimin, doğası gereği, özel girişimde gerçekleştirilen üretime göre verimsiz, kalitesiz ve masraflı olduğuna “inanmaya” başlamıştır. Kamu kesiminin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde özel kesimle gerçekleştirdiği her alım satım ilişkisinin zorunlu olarak bir seçim süreci olması; kamu yöneticilerini, kamu kaynaklarına ulaşmak için hevesli olan özel girişimin her türlü yönlendirmesine açık hale getirmektedir. Belki de kamu yöneticilerinin neo-liberal tezlere bu denli yatkın olmasının nedeni, sözkonusu açıklığın neredeyse sınırsız şekilde gerçekleşmesidir. Tezimizi yazarken hız kesmeden sürdürülen, kamu yönetimini yolsuzluklardan

arındırma operasyonlarının gerçekleştiği alanlar, hep kamu kaynaklarıyla özel kesimden mal ve hizmet alımının sözkonusu olduğu alanlardır.

Kamu hizmeti örgütlerinin, piyasayla akdi ilişkiye girmesinde, sözleşme iradesinin oluşturulmasının özel yöntemi “ihale”dir. İhale idarenin, sözleşme yaparken, kamusal usuller izlemesi anlamına gelir. Ancak uygulamada “ihale”, kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesi yöntemi olarak kullanılmaktadır.

“İhale yöntemi”, çok çeşitli konularda kullanılmaktadır. Örneğin, Orman Bakanlığınca, üç milli park alanının, kapı giriş ücretinin tahsili ile saha ve çevre temizliği işi çıkarılmış; buna karşı işleminin iptali istemiyle dava açılmıştır. Milli Parklar giriş ücretinin tahsili ile saha ve çevre temizliği işinin ihaleye çıkarılması işleminde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir. Milli parkların işletilmesinin özelleştirilmesine olanak sağlanmıştır.⁷⁵⁸

Her türlü kamu hizmetinin, böyle bir yasal yetki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, özel girişimcilere gördürülmesi, “ihale yöntemi” kavramı kullanılarak hukukileştirilmeye çalışılmaktadır.

Bu uygulamaya özellikle yerel yönetimlerde rastlanılmaktadır.

Yerel yönetimlerde özelleştirme uygulamalarını ele alan çalışmaların tümünde “ihale”, belediye hizmetlerinin özelleştirme yöntemleri başlığında değerlendirilmektedir.⁷⁵⁹

İhale yöntemini, ülkemizdeki belediyelerce öteden beri bilinen ve uygulanan bir özelleştirme yöntemi olarak gören bu yaklaşıma göre, ihale yöntemi “kamu hizmetlerinin özel sektör kişi veya kuruluşlarınca bir sözleşmeye dayalı olarak yürütülmesidir.”⁷⁶⁰

⁷⁵⁸ D8.D., E.1994/7528, K.1996/1096, k.t.11.4.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.599

⁷⁵⁹ Örneğin, Tunay Köksal, **Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Yöntemleri ve Uygulamaları**, Devlet Planlama Teşkilatı yayın no 2328, Ağustos 1993

⁷⁶⁰ **Ibid**, s.27

Buna göre, 1580 sayılı Belediye Kanunu (m.15/24) ve 3030 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'ndaki (m.6/A) belediyelerin görevlerini sayarken kullanılan aktif ve ettirgen anlatım ayrımı ile (*yapmak-yaptırmak, işletmek-işlettirmek, kurmak-kurdurmak gibi*) Devlet İhale Kanunu'nun, uygulama kapsamına belediyeleri de alan 1. maddesi, ihale yönteminin yasal dayanaklarını oluşturmaktadır.

İhale yönteminin uygulama örnekleri olarak şunlar sayılmaktadır:⁷⁶¹ Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi saat okuma, fatura düzenleme, teçhizat bakım ve onarımı işlerini ihale etmiştir. 1979 sonrasında yedi büyük kentin kentsel ulaşım çalışması ihale edilmiştir. Örneğin, Ankara'da hafif raylı sistem ile metro ve İstanbul metrosu uluslararası ihaleye konu olmuştur. Gaziantep Büyükşehir Belediyesi, uzak mesafeli nakliye işlerini, su-kanal işlerinin bir kısmını, taş ocaklarının işletilmesini ihale etmektedir. Adana Belediyesi katı atık toplanması ve yok edilmesi işlerini ihale etmiştir. Yine Adana Belediyesi, emlak vergisi toplama görevini, belediye emlak dairesinde yapılabilecek tüm hizmetleri ihale etmiştir. Manisa Belediyesi, dere ıslahı, otopark yapımı, kavşak düzenlemesi, büyük kanalizasyon, beton bordür, parke ve karo döşenmesi, su sondaj kuyusu açılması, menfez ve taş duvar yapımı, çarşı pazar yeri ve park düzenlemeleri, beton üretimi, sosyal tesisler yapımı işlerini ihale etmiştir.

Kanımızca ihale bir özelleştirme yöntemi değildir. Başka bir ifadeyle ihale, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemi değildir. Anglo-Amerikan sistemindeki *contracting-out* uygulamasının ihale yöntemi olarak anlaşılması yanlış bir çeviri olur. *Contracting-out*, genel olarak kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesini anlatır.⁷⁶² Fransız hukukunda *contrats des marchés publics* (ihale sözleşmeleri) kavramı kullanılmakla birlikte Türk idare hukukunda

⁷⁶¹ **Ibid.**, 150-155

⁷⁶² *Contracting-out* için bkz P.P. Craig, **Administrative Law**, 3.B, London, Sweet&Maxwell, 1994, s.108-113

idarenin sözleşmeleri arasında ihale sözleşmeleri şeklinde bir kavram bulunmamaktadır.⁷⁶³

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi ruhsat ve sözleşme yöntemleriyle gerçekleştirilir. Sözleşme yöntemi içinde de çeşitli sözleşme tipleri ortaya çıkmaktadır.

İhale, idarenin sözleşme iradesini oluşturmada uymak zorunda olduğu idari yöntemdir. Gerçek kişiler sözleşmeye girerken sözleşme iradelerini salt zihinsel süreçte oluştururken idare, sözleşmelerde hukuka uygunluğu, kamu yararını ve denetlenebilirliği gerçekleştirmek için hukuken belirli yöntemlere tabi tutulmuştur.

İdarenin sözleşme iradesini oluşturma yöntemi olan ihale, genel olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bunun dışında çeşitli kanunlarla, kimi idari birimler Devlet İhale Kanunu'ndan ayırık tutulmuştur. Ancak bunların ihale yöntemleri de başka hukuki araçlarla düzenlenmiştir.

Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini konu alan idari sözleşmeler de idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri de ihale sürecinden geçirilerek oluşturulur. İdarenin özel hukuk kişileriyle eşit düzeyde sözleşme yapıyor olması, sözleşme yapma iradesini oluşturmada idari yöntemlerden kurtulma imkânına sahip olduğu anlamına gelmez. İdarenin kamu hizmetlerini özel kişilere gördürürken ortaya çıkan sözleşmeyi aşağıda ilgili başlık altında ele alacağız.

İhalenin bir sözleşme türü ve dolayısıyla özelleştirme yöntemi olmadığı, ihalenin idarenin sözleşme iradesini oluşturan idari yöntem olduğu saptamasından sonra, ihale olarak nitelenen uygulamaların ne olduğu sorusu yanıtlanmalıdır. İhale yöntemiyle yapıldığı söylenen özelleştirme uygulamaları bu çerçevede değerlendirilmelidir. Her bir sözleşmenin ayrı ayrı değerlendirilerek hangi tip idari sözleşmeyi oluşturduğu saptanmalıdır. Uygulamada nasıl adlandırılırsa adlandırılısın hukuksal saptamada ve özellikle yargı denetiminde, işlemin niteliği esas alınır.

⁷⁶³ Meltem Kutlu, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No 75, 1997, s.19/dpn 59, s.65

İlk olarak bu uygulamalardan bir kısmı, nihai olarak kamu hizmetine yönelik olsa da, doğrudan kamu hizmetlerinin gördürülmesini konu almamaktadır. Bu durumda ortaya çıkan sözleşme, özel hukuk sözleşmesi olacaktır. Örneğin, idarenin, binasını ısıtmak için ihaleye çıkıp sözleşme yaparak kömür alması, idarenin göreceği kamu hizmetinin araçlarını ve malzemesini piyasadan eşit koşullarla temin etmesi, bilgisayarlarının, fotokopi makinelerinin tamiri için sözleşme yapması gibi.

İkinci olarak bunlar dışında kalanlar, doğrudan kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini konu alan idari sözleşmelerdir. Örneğin, vergi toplanması işinin özel kişiye gördürülmesi, yalnızca maktu ücret öngörülmüş olsa da, iltizam yöntemi (sözleşmesi) olarak değerlendirilebilir.

İhale süreci sonucu ortaya çıkan sözleşmelerin idari sözleşme olması bir zorunluluk değildir. Yerleşik içtihadı göre, Devlet İhale Kanunu çerçevesinde yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir ve adli yargının görev alanına girer.⁷⁶⁴ Ancak Tan'ın saptadığı gibi, bu içtihadın yasal temeli bulunmamaktadır.⁷⁶⁵ Bu içtihadın oluştuğu dönemde, Danıştay Kanunu'nun 1999 değişikliğinden önceki halinde, Birinci Dairenin görevlerine ilişkin 42. maddenin “c” bendinde “*bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işleri*”ni incelemek Danıştay'ın görevleri arasında yer almaktaydı.

Kanımızca ortaya çıkan her sözleşme ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İçtihatlarda böyle bir değerlendirme yapılmamakla birlikte en azından, sözleşme yapıldığı kadar olan aşamanın idari niteliği ve idari yargının görevinde bulunduğu kabul edilmektedir.⁷⁶⁶

⁷⁶⁴ Devlet İhale Kanunu çerçevesinde yaptığı alım, satım, inşaat ve benzerleri gibi sözleşmeleri, Kanunda açıklık bulunmamasına karşın özel hukuk sözleşmesi sayılmakta ve adli yargıya tabi olmaktadır. Bu konudaki temel içtihat için bkz. Yenice, Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s.306

⁷⁶⁵ Tan, “İdare Hukuku ve Tahkim”, s.23

⁷⁶⁶ “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 1. maddesinde ‘genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa,

b) Hizmetin Yerine Getirilmesinin Özel Kesime Bırakılması⁷⁶⁷

Devletin, piyasa ilişkilerinin kimi kurallarından bağışık kılarak üstlendiği alanlarda, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim etkinliğini, bizzat örgütleyerek yerine getirmesi kuraldır. Ancak bu kamu hizmeti alanlarında faaliyet gösterme yetkisinin, devlet tarafından, çeşitli hukuki biçimler altında özel girişimcilere bırakılmasına tarih boyunca rastlanmıştır. Osmanlı vergi toplama sistemi hem klasik çağında hem de iltizam uygulaması döneminde buna örnektir.

Liberal kapitalizmin gelişmesiyle bu uygulama, özellikle enerji, ulaşım, demiryolları, kent aydınlatma ve taşımacılığı gibi iktisadi nitelikli kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin “normal” yolu olarak kabul edilmiştir. Osmanlı’da Tanzimat modernleşme hareketiyle birlikte devletin, gelişen ihtiyaçları

mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür’ hükmü yer almıştır. Bu Kanun kapsamına giren işlere ilişkin olarak yapılan ihalelerde, ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içerisinde idarelerce tesis olunacak işlemler idari işlem niteliğinde olduğundan idari yargı denetimine tabidir. Dosyanın incelenmesinden ... parkında kullanılmak üzere alınacak park masası ve oturma bankı için 2886 sayılı Yasanın 50 inci maddesi uyarınca açılan ihalenin davacı üzerinde kalması nedeniyle idare ile finanssal kiralama sözleşmesi yapıldığı, ancak ihalenin hazırlanmasının ve ilanlarının 2886 sayılı Kanununun 36. maddesine göre yapılacağı öngörüldüğü halde 50 inci maddeye göre yapılmasının usulsüz olduğu gerekçesiyle ihale ve finanssal kiralama sözleşmesinin fesih edildiği anlaşılmaktadır. Dava hem ihalenin hem de finanssal kiralama sözleşmesinin feshine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Finanssal kiralama sözleşmesi, özel hukuk hükümlerine göre yapılan bir sözleşme olup, bu sözleşmeden doğan uyumsuzluğun çözümünün de özel hukuk hükümlerine göre yapılacağı açıktır. Ancak 2886 sayılı Yasa hükümleri uyarınca yapılan ve ihale kararı kesinleşmeden önce ihalenin hazırlanmasında ve ilanlarında usulsüzlük yapıldığı gerekçesiyle fesih edilmesi konusu idari yargının görevine girmektedir.” D6.D., E.1996/3458, K.1997/3789, k.t.15.2.1996, **DD.**, sy. 95, 1998, s.361

⁷⁶⁷ “Kamu hizmetinin yerine getirilmesinin özel kesime bırakılması” başlığı yerine, “kamu hizmetini yürütmek için özel kişinin yetkilendirilmesi” başlığı da kullanılabilir. Bu başlığı kullanan Sabiani, özel girişimcinin kamu hizmetinin yerine getirilmesinde yetkilendirilmesini tek yanlı işlemle yetkilendirme, sözleşmeyle yetkilendirme çerçevesinde ele almaktadır. François Sabiani, “L’habilitation des personnes privées à gérer un service public”, **AJDA**, 1977, s.4; Chevallier ise, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel kişilerle kurulan ilişkinin, “kamu hizmetlerinin özel kişilerce yerine getirilmesi”nden farklı ve onu da kapsayacak, yeni bir kategori içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmata ve

tatmin için, kamu hizmeti olarak tanımladığı alanlardaki faaliyetlerin hemen hepsi, örneğin, iç pazarı dünyaya bağlayacak demiryolları, kentsel taşımacılık, aydınlatma hizmetleri, vs. uluslararası özel girişimlerce yerine getirilmiştir.⁷⁶⁸

I. Dünya Savaşı sonrası, özel kamu hizmeti işletmecilerinin çoğu Dünya iktisadi krizinden etkilenmiş ve devletler gerek yeni geliştirilen *emprevizyon* yönteminin uygulanmasıyla, gerekse imtiyazın satın alınmasıyla zordaki girişimcilerin yardımına koşmuşlardır. Özel girişimcilerin yerine getirdiği kamu hizmetleri ancak devlet müdahalesiyle sürdürülebilmıştır. Ülkemizde imtiyaz uygulamasının önemini kaybetmesi, milli iktisat politikası çerçevesinde Cumhuriyet Devriminin yabancı sermayenin sahip olduğu imtiyazları satın almasıyla gerçekleşmiştir. Yaratılmakta olan modern kapitalizmin ve devletin temel ihtiyaçlarının, ilke olarak, kamu kesimi tarafından karşılanması kabul edilmiştir. Dünya iktisadi krizinin yarattığı geriletmeye ek olarak Fransa'da II. Dünya Savaşı sonrası gerçekleştirilen kapsamlı millileştirmeler, imtiyaz yönteminin, iktisadi kamu kurumları lehine gerilemesi sonucunu doğurmuştur.⁷⁶⁹ Bu gerileme dönemi boyunca da kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülme uygulamaları ve yöntemleri varlığını sürdürmüştür. Neo-liberalizmin iktisat politikalarında ağırlık kazanmasıyla - ki bu Avrupa'da petrol krizi sonrası Yetmişli yılların ikinci yarısından itibaren, Türkiye'de ise krizin geciktirilmesi ile 1980 sonrasında geçerli olmuştur- kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesi uygulamaları ve yöntemleri yeniden hayatiyet kazanmıştır. İdari rejimin uygulandığı ülkelerde bunun hukuki biçimlerini tespit etmek, hukuki sonuçlarının önemi nedeniyle sorunlu bir konu olarak öne çıkmaktadır.

“kamu hizmetlerine ortaklık (*L'association au service public*)” kavramını önermektedir. Jacques Chevallier, “L'association au service public”, **JCP**, 1974, I/2667

⁷⁶⁸ Osmanlı İmparatorluğunda, kamu hizmeti imtiyazlarının, konuları ve yabancı yatırımcılar arasındaki dağılımına ilişkin bilgi için bkz., Turgut Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, c.22, sy.2, 1967, s.285

⁷⁶⁹ Demichel, **Grandes services publics et entreprises national**, s.75

İdarenin bireylerle ilişkiye girmede kullandığı, her hukuk öznesi için olduğu gibi iki araç vardır. Tek yanlı irade açıklaması ve irade uyuşması. Ortak (özel) hukukta, eşit değere sahip hukuk özneleri arasında kullanılabilecek hukuki araç, irade uyuşması yani sözleşmedir. Diğer bir eşit hukuk öznesinin hukuki durumu (malvarlığı) üzerinde sonuç doğurmak isteyen bir diğer hukuk öznesinin başvurabileceği tek yol, kendi iradesine karşı tarafın (tarafların) iradesini eklemektir. Tek yanlı irade açıklamalarıyla karşı tarafın hukuki durumu üzerinde sonuç doğurabilme özel hukuk için çok istisnai bir durumdur (örneğin inşai haklar).

İdare hukukunu benimseyen sistemlerde, kamu hizmetleri yerine getirerek kamu yararını sağladığı kabul edilen ve toplumdaki zor kullanma tekeline sahip olan devletin (somut görünüşü idarenin), işlevlerini yerine getirebilmesi için, diğer bireylerle eşit olmadığı kabul edilir (Anglo-Amerikan sistemlerde de kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda özel hukuku aşan ayrıcalık ve yükümlülükleri içeren rejimler bulunduğunu yukarıda açıklamıştık).

İdare tek yanlı irade açıklamasıyla kişilerin hukuki durumları üzerinde sonuç doğurabilme ayrıcalığına sahiptir. İdarenin işlevlerini yerine getirirken, sözleşmeye başvurması, özellikle karşı tarafın malvarlığı söz konusu olduğunda, yani iktisadi konularda görülür. Aslında bu durumlar için de idarenin kamusal ayrıcalıkları vardır, ancak bunlar temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan istisnai durumlardır ve ölçülülük çerçevesinde sınırlı olarak uygulanabilir. Bu nedenle iktisadi konularda idarenin sözleşmeye başvurmalarının daha uygun olduğu kabul edilir. Ancak sözleşme, özel hukukun bir kurumudur ve tarafların eşitliğini ve irade serbestliğini varsayar. Bu durumda yanıtlanması gereken bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Sözleşme ilişkisine girmek isteyen idarenin doğasında varolan ayrıcalıklardan sıyrılarak, adete ikinci bir kişilik olarak, kendisini özel hukuk özneleriyle eşitlemesi mümkün müdür? İdarenin sözleşme yapma iradesi, özel kişilerde olduğu gibi tamamen serbest biçimde ortaya çıkabilir mi? İdare sözleşme ilişkisini kullanmak istediği zaman ortaya çıkan tipik bir sözleşme midir? İdari yargı sisteminde bunlara bir de görevli yargı yerinin neresi olacağı sorusu eklenmektedir.

(1) İdarenin Tek Yanlı İşlemiyle Ortaya Çıkan Yöntem: Ruhsat

Ruhsatın, kolluk faaliyetlerinde, yani idarenin kamu düzenini koruma hizmetinde kullanılan bir yöntem olduğu kabul edilir. Kamu hizmeti alanı değil, özel alan sözkonusudur, idare özel alanının maddi düzenini sağlama hizmetini, denetimler yaparak, bazı faaliyetleri izne bağlayarak, klasik idare hukuku yazınındaki ayrımı benimsersek, kolluk yetkisini kullanarak yerine getirir. Kolluk hizmetinin üzerinde gerçekleştiği alan özel girişimin alanıdır. Bu nedenle kolluk yetkisinin kullanılma yöntemlerinden olan ruhsat (izin), kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kabul edilemez.

Ruhsat, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin özel girişime bırakılması yöntemleri arasında kabul edildiğinde, çelişkiden kurtulmak için “kolluk yetkisinden kaynaklanan ruhsat” ve “kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesinde kullanılan ruhsat” ayrımına gidilmektedir.

Ruhsattaki tek yanlılık, yaptırma şeklinde ortaya çıkmaz, yapılmasına izin verme şeklinde görülür. Yani talep yokken şunu yap demek ruhsat değildir, istimvaldir. Özel girişimcinin talebi sözkonusu olması gerektiğine göre, bu yöntemi sözleşme yöntemlerinden ayıran özellik nedir? Özellikle ruhsatta, sözleşmede olduğu gibi uzun bir şartlar listesi (*cahier de charge*) varsa benzerlik daha da artmaktadır.

Kamu hizmeti alanında toplumsal üretimi karşılayacak bir mal ve hizmet üretimini gerçekleştirme konusunda bir özel girişimciye izin verilmektedir. Bu durumda özel girişimcinin çeşitli talepleri ve hakları ne şekilde güvence altına alınacaktır, zira ruhsat tek yanlı bir işlemdir ve yine tek yanlı bir işlemle idare tarafından geri alınması mümkündür.⁷⁷⁰

Gerçekte ruhsat, kamu hukukunda özgürlüklerin düzenlenmesi yöntemlerinden biridir. Ruhsat, sözkonusu alanın, kamu hizmeti alanı olmadığını gösterir. Toplumsal yaşam üzerinde sonuçları olan özgürlüklerin kullanılması devlet tarafından çeşitli

yöntemlerle düzenlenmektedir. Örneğin, “hürriyetin kullanılması, sınırların aşılmasını ve kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla ... önceden izin alma veya hiç değilse bir bildirimde bulunma gibi kayıtlara bağlanmışsa” önleyici sistem sözkonusudur.⁷⁷¹ Örneğin Anayasa’nın 48. maddesine göre “*özel teşebbüsler kurmak serbesttir*”. Eğer ilgili mevzuatta yer alan düzenlemelerle devlet tarafından üstlenilerek kamu hizmeti alanına dönüştürülmüş olmasaydı, elektrik enerjisi üretmek isteyen bir girişimcinin, santral kurup piyasaya satış yapması mümkün olabilirdi. Kural olarak girişimci için, çevre koruma şartlarına, çalışma şartlarına vs’ye uygunluk denetimini ifade eden bir ruhsat alması yeterli olurdu. Bu olasılıkta, özel girişimci tarafından kurulan santralin, özel girişimci tarafından kurulan bir otomobil fabrikasıyla, açılan bir tamirhaneye veya bir süpermarketle konumuz bakımından hiçbir farkı bulunmamaktadır. İdare kamu düzeni üzerindeki etkilerini gözönüne alarak çeşitli ruhsatlar verme yoluyla bu tip girişimleri düzenlemektedir.⁷⁷² Ancak verilen ruhsatların, kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesi ile bir ilgisi bulunmaktadır. Elektrik örneğine dönersek, elektrik enerjisi üretiminden son tüketiciye ulaştırılmasına kadar olan tüm aşamalar, çeşitli adlar alan kamu kurumlarının görevleri ve tekelleri arasına alınmıştır; yani kamu hizmeti olarak devletçe üstlenilmiştir. Artık elektrik özel girişimin asıl alanı değil, kamu hizmetleri alanıdır. Bu alanda toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimini yerine getirecek olan özel girişimciler, tekel hakkı, kamulaştırmadan istifade etme, alım güvencesi, tek yanlı fiyat belirlenmesi gibi kamusal ayrıcalıklardan yararlanacaktır. Bu nedenle artık özel girişim hürriyetinin alanı söz konusu değildir. Özel alanların

⁷⁷⁰ Bkz dipnot 425’deki karar.

⁷⁷¹ J.Barthelemy’den aktaran Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1981, s.236

⁷⁷² Örneğin işyeri açmak için pek çok ruhsat almak gerekmektedir. Danıştay 8. Dairesi, “açılma izinleri ve faaliyetlerinin denetimi özel kanunlarına göre yürütülen işyerlerinin özel kanunlarında belirtilen mercilerden aldıkları izinler yeterli olup, açılma izinleri ve faaliyetlerinin denetimi 3568 sayılı Yasaya tabi olan serbest muhasebeci bürolarının ayrıca belediyelerden işyeri açma ve çalışma ruhsatı almalarına gerek bulunmadığına” karar vermiştir D8.D., E.1995/409, K.1996/1658, k.t.31.5.1996.

kamu düzenini sağlamak amacıyla idarece düzenlenmesinin aracı olan ruhsat sistemi burada kural olarak geçerli olmamalıdır.

Ruhsat olarak adlandırılmakla birlikte, ortaya çıkan hukuki ilişkinin sözleşme niteliğinde olduğunun kabul edildiği uygulamalar da bulunmaktadır.⁷⁷³ Örneğin lisans (ruhsat) verilmesi yoluyla, cep telefonu hizmetinin özel firmalara devrine ilişkin işlemler, Danıştay incelemesinden geçirilmektedir. Bunların kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu öğretide de kabul edilmektedir.⁷⁷⁴

Anayasa Mahkemesi'nin, idarenin tek yanlı işlemleriyle, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemine ilişkin değerlendirmeleri, genellikle imtiyazla ilgili kararlarında yer aldığı için, sözleşmeyle kamu hizmetlerinin gördürülmesi yöntemleri başlığı altında aktarılacaktır.

(2) Kamu Hizmetinin Sözleşmeyle Gördürülmesi Yöntemi: İmtiyaz

Kamu hizmetinin sözleşme ile özel kişilere gördürülmesi yöntemini ele aldığımızda ilk olarak, kamu hizmeti alanında özel girişimcinin yerine getireceği faaliyetin ne olduğunu saptamamız gerekmektedir. Kamu hizmetinin yerine

⁷⁷³ Mevzuatta da “lisans sözleşmesi” terimi kullanılmaktadır. 4161 Sayılı Kanunun 4. maddesi ile 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa eklenen geçici 6. maddeye göre, “4000 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce katma değerli telekomünikasyon hizmetleri kapsamında PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü ile imzalanmış ve lisans sözleşmesine dönüştürülmesi öngörülmüş gelir paylaşımı esasına dayalı sözleşmelerin her birinin, lisans sözleşmelerine dönüştürülmesine ve bu sözleşmelerdeki lisans esasına geçiş ile ilgili hükümler saklı kalmak üzere Bakanlar Kurulu'nca karar verilebilir. Danıştay 'ın incelemesinden geçirildikten sonra Bakanlık ile firmalar arasında lisans sözleşmesi imzalanır.” GSM 900 cep telefonu lisansları verilmesine ilişkin sözleşmeler Danıştay'ın incelemesine sunulmuş; Danıştay İdari İşler Kurulu'nun 16.2.1998 tarih E.1998/23, K.1998/24 sayılı kararı ile uygun bulunmuştur.

GSM hizmetlerinin özelleştirilmesine ilişkin 4000 sayılı Yasada yer alan lisans ve ruhsat yöntemi Anayasa Mahkemesi tarafından “lisans ve ruhsat sözleşmesi” olarak nitelenmiş ve imtiyaz sözleşmesi sayılmıştır. AM., E.1994/70, K.1994/65-2, k.t.22.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.415

⁷⁷⁴ Yahya Zabunoğlu, “Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, **Hukuk Kurultayı, 2000, c.1**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2000, s.491

getirilebilmesi için gerekli tesislerin kurdurulması, kurulan tesislerin işletilmesi veya her ikisi birlikte özel girişimciye yaptırılabilir.

Kamu hizmeti alanında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimini gerçekleştirecek özel girişimcinin kural olarak hem bir kurma hem bir işletme faaliyeti gerçekleştirmesi gerekir. Bu iki unsur genellikle birarada bulunur. Özel girişimci yapılacak mal veya hizmet üretimi için gerekli tesis ve örgütlenmeyi kurar ve sonra faaliyete geçer. İki durumun ayrı ayrı varlık bulması da mümkündür. Hizmetin işleyişi için gerekli tesisi kurmak da kamu hizmetinin yerine getirilmesi olduğu gibi bunu işletmek de kamu hizmetinin yerine getirilmesidir.⁷⁷⁵ Bu nedenle Fransız hukukunda sadece hizmet için gerekli olan tesisin kurulması durumunu anlatmak üzere, idare hukuku yazınımızda “bayındırlık hizmeti imtiyazı” olarak Türkçeleştirilen, *concession de travaux publics* terimi, sadece kurulmuş tesisin işletilmesi sözkonusu olduğunda, “kamu hizmeti imtiyazı” terimi kullanılmaktadır. Ancak uygulamada genellikle iki durum birarada görülmekte ve bu geneli kapsamak için “kamu hizmeti imtiyazı” terimi kullanılmaktadır.

Köken olarak, bayındırlık işleri imtiyazı daha eski tarihlidir. Fransa'da kanal ve baraj inşası ve bataklıkların kurutulması işlerinin özel kişilere yaptırılması imtiyaz biçimiyle gerçekleştiriliyordu. 19. yüzyılın ortalarından itibaren bu yöntem, demiryolları, su, gaz ve elektrik dağıtımı gibi konularda tesislerin inşasına ek olarak hizmetin de özel kişilere yaptırılmasını kapsamaya başlamış ve kamu hizmeti imtiyazı yöntemi ortaya çıkmıştır. İmtiyaz yönteminin bağımsız hukuki varlık kazanması Fransız Devlet Şurası'nın *Thérond (CE, 1910)* kararıyla gerçekleşmiştir. Olay başıboş köpeklerin yakalanıp denetim altına alınmasına ilişkin olarak bir kişiyle il idaresinin yaptığı sözleşmeyi konu almaktadır.⁷⁷⁶

⁷⁷⁵ Anayasa Mahkemesi kamu hizmetlerinin kurulmasını da imtiyaz kapsamında değerlendirmektedir. “Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri’ olarak tanımlanmaktadır” E.1994/43, K.1994/42-2, k.t.9.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.303.

⁷⁷⁶ Morand-Deville, **Cours de Droit Administratif**, s.487

Hukukumuzda kamu hizmeti tesislerinin kurdurulmasında özel kişiden yararlanılması imtiyaz kapsamında değerlendirilmemekte; bunlar Devlet İhale Kanunu kapsamında yapıldığından, kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için gerekli olan tesislerin kurulması, bir istisna akdi, bir taahhüt işi olarak nitelenmektedir.

Kamu hizmetleri alanında yapılacak mal ve hizmet üretiminin özel kişilere yaptırılmasının sözleşmeye dayanan klasik biçimi “imtiyaz” olarak adlandırılır. İmtiyaz üst başlıktır.

Büyük imtiyazlar (*grandes concessions*) dönemi olarak adlandırılan 19. yüzyılda gerçekleştirilen imtiyaz uygulaması, esas olarak, düzen sağlama dışındaki konularda, iktisadi kamu hizmetlerinde gerçekleşiyordu. Özel girişim, örneğin demiryolu ulaşımı gibi iktisadi alanlardan mahrum edilmek istenilmiyordu. Ayrıca, imtiyaz uygulaması, özel girişimin ihtiyaçlarını gözeterek liberalizmin, özel kişiye gördürülen kamu hizmeti alanlarında gözetim yetkisi sürdüğü için de devletin ihtiyaçlarına uygun bir yöntemdi.⁷⁷⁷ Daha sonra uygulama alanı daralan imtiyaz yöntemi, neo-liberal politikaların uygulanması çerçevesinde önem kazanmıştır. Ülkemizde 1980’den itibaren yaşanan, kamu ekonomisini küçültmeyi amaçlayan iktisat politikaları, kamu hizmetleri alanlarını daraltmanın yanısıra, kamu hizmeti alanlarında yapılacak üretimin de, kamu örgütlenmesince yerine getirilmemesini, özel girişimcilere yaptırılmasını öngörmektedir. Bu çerçevede imtiyaz ve türevi uygulamalar yeniden önem kazanmıştır. İmtiyaz, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi yöntemlerinden biridir.

Özel girişimcinin, kamu kesimiyle iradi birliği anlayışına dayanan imtiyaz ve türev biçimleri, ekonominin önemli alanlarında, idari veya sınai/ticari hizmet ayırımına gitmeden yaygın olarak kullanılmaktadır. Tanımında bulunmamakla birlikte, idare, gitgide özel girişimcinin iktisadi risklerini, örneğin, gelir güvenceleri, borçlanma kolaylıkları ve tazmin imkânlarının genişletilmesi gibi araçlarla

⁷⁷⁷ Demichel, **Grandes services publics et entreprises national**, s.78

üstlendikçe imtiyaz, klasik niteliğini kaybetmekte⁷⁷⁸ fakat aynı zamanda özel girişimciler için cazip hale gelmektedir. Bunlara imtiyazcının işleteceği kamu hizmeti aracılığıyla elde edebileceği, örneğin reklam gelirleri gibi yan gelirler de eklenebilir. İmtiyazcı özel girişimcinin rekabetten bağışık olduğu da düşünülünce, imtiyaz yönteminin kamusal alan kârlarının özel kesime aktarılmasından başka bir anlamı olmadığı sonucuna varılabilir. Bu durumda neden emanet, yani doğrudan kamusal yöntem değil de özel girişimciden yararlanma yolunun seçildiğinin yanıtı, geçerli olan iktisadi sistemin adında gizli olduğu gibi; liberal kuramdaki, kamu girişimlerinin doğası gereği verimsiz, özel girişimlerin ise doğası gereği verimli olduğu varsayımının, çelişik biçimde kamu görevlilerinde ve aydınlarda geçerli paradigma gelmesinde de aranabilir.

İmtiyaz kârla tanımlanır. İmtiyaz konusu faaliyet alanları, doğal tekel veya böyle olmasa da siyasi tekel alanlarıdır. Bu nedenle özel işletmeci için, tüm toplumu sarsan ciddi kriz anları dışında, kâr elde etme kesindir. İmtiyaz yönteminde, kamu hizmetinin yürütülmesinden elde edilecek değer, kamu kesiminde kalmaz. Özel girişimciye geçer ve kamu hizmeti aracılığıyla üretilen toplumsal artı değer, kamunun belirleyicilik alanından çıkar.

“İmtiyaz” kavramı, kamu hizmeti olarak devletçe üstlenilen alanlarda toplumsal ihtiyaçları karşılayacak bir mal ve hizmet üretiminin, özel girişimcinin kendi sermayesiyle,⁷⁷⁹ olumlu ve olumsuz sonuçları, yani kâr ve zararı, yine kendi

⁷⁷⁸ İmtiyaz usulündeki değişim için bkz., Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBFD**, c.50, sy. 3-4, 1995, s.300

⁷⁷⁹ İmtiyazın temel unsuru, kamu hizmeti alanında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmeti üretiminin, özel girişimcinin sermayesiyle yapılmasıdır. Danıştay 1. Dairesi, bu özelliği zayıflatacak kamusal mali desteğin, modelin niteliğine ters ve hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararda yap-işlet-devret yönteminin imtiyaz olduğu da saptanmaktadır: “İstem ... otoyolunun, 3996 sayılı Kanun uyarınca yap-işlet-devret modeline göre yaptırılması planlanan ... kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince, boğaz köprüleri gelirlerinin yüklenici firmalara finansman desteği olarak tahsis edilip edilemeyeceği hususunda düşünülen duraksamanın giderilmesine yöneliktir. ... 3996 sayılı Kanununun 2 inci maddesinde sayılan ve her biri kamu hizmeti niteliği taşıyan yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılacak sözleşmeler, Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 günlü ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, kamu hizmeti imtiyaz

sermayesi üzerinde doğacak şekilde yerine getirmesini ve bunun karşılığında da sözkonusu kamu hizmetleri alanının, üretim ilişkileri alanının kurallarından kurtarılmış olma imtiyazından yararlanmasını ifa eder.⁷⁸⁰

İmtiyaz yönteminde özel girişimcinin yararlandığı en önemli imtiyaz tekel hakkıdır. Buna, istisnai durumlar dışında, isteği doğrultusunda belirlenmiş olan fiyatı da eklediğimizde, özel girişimcinin, üstlendiği bir risk bulunmadığı görülmektedir. İktisadi kriz anlarında da kamu hizmetlerinin yürütülme zorunluluğu nedeniyle devlet, çeşitli hukuki araçlarla zorda kalan kamu hizmeti özel girişimcilerini kurtarma yoluna gitmektedir. Ülkemizde özel girişimcilere başlangıç sermayelerini oluştururken tanınan devlet teşvikleri ve kredi güvenceleri imtiyazın “özel sermaye” unsurunu da hayli zayıflatmaktadır.

Devletin kamu hizmeti faaliyetlerini doğrudan yerine getirdiği, tüm iktisadi sonuçların kamu kesiminde kaldığı “emanet” yöntemi ile bu faaliyetlerin sözleşme ile özel kişiler tarafından yerine getirilmesini ifa eden “imtiyaz” iki uçta yer alır. Bunlar

sözleşmeleridir. İmtiyaz hukuku ve buna ilişkin yargı kararlarının yanısıra 3996 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde de, bu Kanuna göre yapılacak işlerin finansmanından, işi alan sermaye şirketinin sorumlu olacağı kuralına yer verilmiştir. Bu durumda, sözü edilen otoyol kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince, yüklenici firmalara boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesinin bu kurala aykırılık oluşturacağı açık bulunmaktadır.” D.1.D., E.1998/267, K.1998/481, k.t. 16.12.1998, **DD.**, sy.100, 1999, s.36

⁷⁸⁰ Danıştay’ın bu konudaki ilk kararı olarak kabul edilen 26 Şubat 1935 tarihli Tramvay Şirketi kararından imtiyaz tanımı: “Yardımlı veya yardımsız menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden âri olarak bir âmme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istidası hak ve mezuniyeti verilmek suretile bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere ‘âmme hizmeti imtiyazı mukaveleleri’ denir.” Yayınlanmamıştır. Aktaran, Necmi Osten, **İdarî Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti**, İstanbul, 1938, s.37

Fenerler İdaresi ile Maliye Vekâleti arasında tazminat uyuşmazlığında verilen kararda, Mustafa Şeref Özkan, Sıddık Sami Onar, Nusret Metya’da oluşan hakem heyetinin yaptığı imtiyaz tanımı: “Bir âmme hizmeti imtiyazı mukavelesi: bir şahsın masrafı, vukuunda zarar ve ziyarı kendisine ait olmak üzere bir âmme hizmetinin işletilmesini ve işletilen âmme hizmetinden istifade edeceklerden tahsil edeceği rüsum ile masraf ve sermayesinin amorti ve temettüünü ve muhtemel zarar ve ziyarların hissesini karşılamağı taahhüt ettiğini bildiren bir akittir.” Aktaran, Osten, s.23

Weber'in tanımladığı anlamda, “ideal tip”lerdir.⁷⁸¹ Bu iki uç arasında karma yöntemler olabileceği açıktır.⁷⁸² “Müşterek emanet” olarak Türkçeleştirdiğimiz *la régie intéressée* bu niteliktedir. Hizmetin yerine getirilmesinin tüm iktisadi yükünü ve sonuçlarını kamu üstlenir; ancak özel girişimci, hizmetin fiilen yerine getirilmesi için aracı olarak kullanılır ve özel girişimci için belirli bir ücret öngörülebilir veya sabit ücretin üzerine hizmetin kârlılığına bağlı bir ek miktar eklenmesi öngörülebilir. Bir diğer karma yöntem de, “sınırlı riskli imtiyaz”dır (*la concession avec risque limités*).⁷⁸³ Kamu hizmetinin yerine getirilmesi için gerekli olan girişimin kuruluş sermayesine devlet desteği ve kâr güvencesi, imtiyazın klasik “kendi kâr ve zararına faaliyette bulunma” unsurunu zayıflatmakta olduğu saptaması yapılarak “sınırlı riskli imtiyaz” adıyla yeni bir kategori önerilmiştir. Ülkemizde verilen imtiyazlar genellikle bu niteliktedir.

İki ideal tip arasındaki bu ara kategorilerin yanısıra, klasik imtiyaz kategorisi içinde de bir ayırım yapılabileceği düşünülebilir. Örneğin Demichel, pek çok imtiyaz tipi saymaktadır. Kamu hizmeti imtiyazı (*concession de service public*), bayındırlık işi imtiyazı (*concession de travaux publics*), kamu mallarını işgal imtiyazı (*concession d'occupation du domaine public*), kamu mallarından yararlanma imtiyazı (*concession d'exploitation du domaine public*).⁷⁸⁴ Demichel bu kategorilerin

⁷⁸¹ “İdeal tip”, “gerçekliğin belli öğelerinin mantıksal tutarlılığa sahip bir kavram olarak soyutta inşasıdır.” Bkz. Max Weber, **Sosyoloji Yazıları**, s.107-108

⁷⁸² Yeni karma yöntemlerin hukuki rejimlerini değerlendirilmesi, idare hukuku doktrinin temel uğraş konularından biri haline gelmiştir. Örneğin bkz. Lûtfi Duran, “Yap-İşlet-Devret”, **AÜSBFD Muâmmar Aksoy Armağanı**, 1991, s.147; Turgut Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, **AÜSBFD**, c.47, sy.3-4, 1992, s.307; İl Han Özay, “Ortak Yararlı İşletme ya da Nam-ı Diğer ‘Müşterek Emanet’”, **İÜHFM**, c.LIV, 1991-1994, s.55; Pertev Bilgen, “Yap İşlet Devret Sözleşmeleri Hakkında”, **Kamu Hukuku Bülteni**, sy.3, Mart 1990, s.1; Vahit Polatkan, “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri”, **İNTES**, sy.50, Kasım-Aralık 1998

⁷⁸³ Genel literatürde bulunmayan bu kategoriyi öneren Demichel, **Grandes services publics et entreprises national**, s.77

⁷⁸⁴ **Ibid.**, s.76

uygulamada yalın biçimde ortaya çıkmadığını genelde karma olarak görüldüğünü de belirtmektedir.

Kamu hizmeti alanlarında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimi yapma işinin sözleşmeyle özel girişimcilere devredilmesinde, farklı unsurlar taşıyan sözleşme çeşitlerine rastlanabilir. Bunların hukuken adlandırılıp kategorileştirilmesinin önemli sonuçları bulunmaktadır.

İdari rejimi benimsemiş sistemimizde, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi sözleşmeleri konusunda, idare hukuku açısından önemli olan bunların hukuki rejimini saptamaktır.

Temel ayrım sorusu, bunların idari rejime tabi olup olmadıklarıdır.

Konusu kamu hizmeti olan ve bunun gereği olarak idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanıyan sözleşmelerin idari sözleşme olduğu ve dolayısıyla idari rejime tabi olduğu kabul edilmektedir.⁷⁸⁵ Fransa’da, sözleşme konusunun kamu hizmeti olmasını tek yeterli özellik sayan, kamu gücü ayrıcalıkları unsurunun bulunmasını

⁷⁸⁵ Danıştay bir kararında idari sözleşmelerin özelliklerini öğretiyeye atıf vererek tanımlamaktadır: “İdare hukuku doktrin ve içtihatlarına göre, idarî mukavelelerin belirtici vasıfları başlıca; a) Konusunun kamu hizmeti ve yararı olması, b) Bir yanı teşkil eden idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi, c) Hizmeti yürütmeye yetecek bir süreyi kapsamasıdır. Sözleşmede bu hususların varlığının anlaşılması takdirinde başkaca kayıtların aranması gerekmez. Bu arada uyuşmazlığın çözüm yerinin idarî yerinden başka bir yargı yeri olacağının sözleşmede yer alması itibara değmez. Çünkü mahkemelerin görevleri sözleşme ile belirtilemez ve değiştirilemez.”

Danıştay, ortaya koyduğu bu koşulların dava konusu sözleşmede de bulunduğunu saptamaktadır: “Yukarıda kısaca açıklanan ilkeler açısından incelenince söz konusu sözleşmenin bir idarî sözleşme olduğu anlaşılıyor. Çünkü işletme imtiyazı davacıya verilen kaplıca suları; niteliği bakımından kamu sağlığını ilgilendiren, bu sebeple mülkiyeti ve işletmesi belli kamu kuralları ile düzenlenen ve böylece kamu hizmetinde kamu yararına göre kullanılacak şifalı sulardır. Bu sulara sahip ve malik olan davalı idare bunları belli süreli bir imtiyaz sözleşmesi ile davacıya işletme için vermiş ve davacı böylece kamu hizmetinin yürütülmesine katılmıştır. Hizmetin iyi işlenmesini denetleme durumunda olan idare, sözleşmeyi yapan davacıya ceza vermek yetkisini 8 inci maddesi ile elinde bulundurmaktadır. Yukarıda açıklanan hususlar bu imtiyaz sözleşmesinin özel hukuku aşan hüküm ve şartlar taşıdığını açıkça göstermekte olduğundan, anlaşmazlığın çözülmesinin Danıştay’ın görevi içinde bulunduğu...” D8.D., E.1965/933, K.1966/44, k.t.11.1.1966, **Danıştay Kararları (1965, 1966, 1967)**, Ankara 1967, s.235-236.

aramayan bir içtihat gelişmiştir (*Époux Bertin, CE, 1956*).⁷⁸⁶ Kanımızca, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarının doğasında karşı tarafın iradesine gerek kalmadan kullanılabilme özelliği bulunduğuna göre, bunların bir de sözleşmede belirtilmiş olması gerekli değildir; ayrıca, karşı tarafın rızasıyla kullanılan hakların kamu gücü ayrıcalıkları olduğundan da söz edilemez.⁷⁸⁷ Sözleşmede idarenin kullanabileceği kamu gücü ayrıcalıklarından kaynaklanan haklarının gösterilmiş olması gerekli bir unsur değildir. Bir tarafının idare, konusunun kamu hizmeti olması sözleşmenin idari sayılması için yeterli olmalıdır. Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun idari davaları tanımlayan ikinci maddesinde “*kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşme*”den söz edilmektedir. Ancak bu durumda, idari sözleşme kategorisinin ve idari yargının görev alanının çok genişlememesi için, neyin kamu hizmeti olduğunun saptanması klasik sorusunun yanısıra, “*hizmetin yürütülmesi*” kavramının neyi ifa ettiği de araştırılmalıdır. Örneğin, hukukumuzda bayındırlık işleri idari rejim dışıdır.

⁷⁸⁶ Danıştay'ın kamu gücü ayrıcalıkları koşulunu da aramadığı kararları bulunmaktadır. Örneğin, Belediyenin şehir içi minibüs yazıhanesini özel kişiye kiralayan sözleşme idari sözleşme sayılmış; hizmetin kamu hizmeti olduğunun saptanması yeterli sayılmıştır.

“Çevre ilçe ve bucaklara yolcu taşıma işinin mülkiyeti belediyeye ait olan ... mağazasındaki 5 adet yazıhaneden kaldırılacak minibüslerle sağlanacağı, belediye sınırları içinde başka hiçbir yerden komşu il ve ilçelere minibüs kaldırılamayacağı’ yolundaki protokol ve kira şartnamesi uyarınca, tahsis yoluyla açık artırma yapılarak 5 kişiye kiraya verildiği anlaşılmaktadır. 1580 sayılı Belediye Yasasının 19. maddesi 5. bendinde belediye sınırları içinde belirli yerler arasında yolcu taşımanın belediyelerin hakkı olduğu, ancak belediyeler dilerlerse tekel oluşturmamak koşulu ile bunların işletilmesine izin verebileceği, 10. bendinde ise belediyelerin, taşıt araçlarının cinsine göre belde içinde işleyeceği veya işlemeyeceği yerleri, duraklarını, tarifelerini belirleyeceği kuralı...bulunmaktadır...Bu durumda belediyeye ait bir yazıhaneden önceden belirlenmiş yönlere yolcu taşıma işlevinin belediyeye ait bir hak olmasına karşın, bu hakkın bir sözleşme ile yazıhane kiralayan kişilere devrine ilişkin protokol kira şartnamesi ve sözleşmesi bir genel hizmetin yürütülmesi için yapılan idari sözleşme niteliğindedir.” D.8.D., E.1989/1174, K. 1989/1148, k.t.28.12.1989, **DD.**, sy.78-79, 1990, s.387

⁷⁸⁷ Öte yandan idarenin kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme dışından kaynaklandığı kabul edilirse sözleşme ilişkisi, idareyle sözleşme yapan özel kişiye herhangi bir güvence sağlamamış olur. Örneğin, Danıştay, belediye encümeninin, daha önce kiralınmış olan büfe yerlerini iptal edip, aradaki sözleşmeyi dikkate almayarak, büfelerin tahliyesi karar vermiş olmasını hukuka aykırı bulmamıştır. D8.D., E.1995/2383, K.1996/715, k.t.15.3.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.618

Kamu hizmetinin yürütülmesinin özel girişimce yerine getirilmesini konu alan sözleşmelerin idari rejim içinde olduğu saptandıktan sonra sorulması gereken ikinci soru, idari rejim içinde sözleşme tiplerine göre bir hukuki rejim farklılaştırılmasına gidilip gidilmediğidir.

Ülkemizde imtiyaz yöntemi için, doğrudan Anayasa’da yer alan bir hukuki rejim bulunmaktadır.

1. Anayasa’nın “Danıştay” başlıklı 155. maddesinin II. fıkrasında “...*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek...*” Danıştay’ın görevleri arasında sayılmıştır.⁷⁸⁸

Maddenin 1999 değişikliğinden önceki şeklinde, “*kamu hizmetleriyle ilgili olma*” ibaresi bulunmadığı gibi, Danıştay’a verilen görev de düşünce bildirme değil “*inceleme*” idi. İnceleme için bir süre de öngörülmemiştir.

Kamu hizmetiyle ilgili olma zaten imtiyazın tanımında içkin olan bir unsurdur, bu nedenle maddede, “*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeler*” şeklinde tekrarlanmış olması gereksizdir.

Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerini “*inceleme*”sinin yasalarda belirlenmiş bir usulü yoktur. Danıştay Kanunu’nda sadece Anayasa’daki ifade tekrarlanmıştır. “Görüş bildirme” için de aynı özellik geçerlidir. Yani görüş bildirme ile inceleme arasındaki farkı düzenleyen bir mevzuat bulunmamaktadır. Bu durumda, Danıştay’ın herhangi bir “*inceleme*” yapmadan, “*görüş bildirmesi*” mümkün olmadığına göre, değişiklikle neyin amaçlanmış olduğu belli değildir. Anayasa değişikliğinden sonra yapılan Danıştay Kanunu değişikliğinde de “görüş bildirme”nin usulüne ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. 48. maddede, Anayasa’daki iki aylık süre koşulu tekrarlanmış, ancak uyulmamasının sonuçları düzenlenmemiştir. Örneğin, Danıştay iş yükü ve imkân yetersizliği nedeniyle sözleşme hakkındaki görüşünü iki ay içinde hazırlayamazsa, idarenin Danıştay’ın görüşünü beklemeden sözleşmeyi imzalama

⁷⁸⁸ 1961 Anayasası m.140 “...*imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek...*”

imkânı var mıdır? Genelde bu tip süreler, yargılama ve benzer süreçleri hızlandırmak için öngörülmüş olan düzenleyici sürelerdir ve uyulmamasının bir yaptırımı yoktur. Ancak sözleşme yapma aşamasındaki idarenin Danıştay'ın görüşünü/inceleme sonucunu beklemesi zorunluluktur. Danıştay'ın görüşünün alınması, idari sözleşmenin ortaya çıkmasında atlanması mümkün olmayan işlemin kurucu unsurlarına dahil olan bir aşamadır.

2. İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda kural olarak idari yargı görevlidir. Danıştay Kanunu'nun 24. maddesine göre, “*Danıştay ilk derece mahkemesi olarak ... tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.*”

İdari dava türlerini düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin “c” bendine göre “*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*”, idari davalar arasında sayılmıştır.

İkinci düzenleme sözleşmenin tarafları arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkindir. Bu nedenle, sözleşmede tahkim şartı varsa tarafların bu yola başvurmaları ve bu durumun idari dava kapsamı dışında tutulması normal sayılabilir.

Ancak Danıştay Kanunu'ndaki “*imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar*” ifadesi sadece taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkları kapsamamaktadır. Fransız idare hukukuna nazaran Türk hukukunun bir ileriliği olan sözleşmeye karşı iptal davası, sadece taraflarca değil, “menfaat bağı kuran ilgili kişiler”ce de açılabilir. Sözleşmede tahkim şartı öngörülmüş olmasının, sözleşmenin hukuka aykırılığını ileri süren kişiyle ilgisi yoktur. Sözleşmenin icrası sırasında taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek için kullanılan tahkim yoluyla, sözleşmenin hukuka uygunluğunun idari yargıda denetlenmesi farklı şeylerdir. Sözleşmeye konulan hükümlerle (tahkim şartı) sözleşmeye taraf olmayan

1924 Anayasası m.51 “... *imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalâa* ...”

kişilerin anayasal hak arama yollarının ortadan kaldırılması mümkün değildir. Tahkim şartı ancak sözleşmenin tarafları arasındaki uyuşmazlıklar için geçerli olabilir.

3. İmtiyaz sözleşmelerinin anayasal rejimine ilişkin diğer bir hüküm de Anayasa'nın 125. maddesinde yer almaktadır. 1999 Anayasa değişiklikleriyle imtiyaz sözleşmeleri için tahkim imkânı getirilmiştir. Anayasa'nın idarenin yargısal denetimini düzenleyen 125. maddesinin II. fıkrasına göre *“kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir...”*

Yeni düzenleme, Danıştay Kanunu'ndaki kısıtlamayı anayasaya uygun kılacak nitelikte değildir. Zira yeni düzenlemede *“uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülebileceği”* belirtilmiştir; yoksa tahkim şartı öngörülen sözleşmelerin, doğabilecek her türlü uyuşmazlık bakımından, tamamen, idari yargı dışında kaldığına ilişkin bir ibare bulunmamaktadır.

Yeni düzenlemeden çıkan ilk sonuç diğer idari sözleşmeler için tahkim imkânının, yasa değişikliği yapılsa bile bulunmamasıdır. Zira Anayasa, idari sözleşmelerden sadece imtiyaz sözleşmeleri için tahkim imkânını tanımıştır. Diğer idari sözleşmeler için tahkim yolu artık sadece anayasa değişikliğiyle tanınabilecektir.

Ayrıca bu düzenleme, imtiyaz yönteminin, farklı adlarla anılan kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi konulu idari sözleşmeler için bir üst başlık olarak düşünüldüğü tezini de güçlendirmektedir. Zira işletme hakkı devri, yap-işlet-devret, yap-işlet gibi yeni sözleşme tiplerini kullanma eğiliminde ve bunlarda tahkim yoluna gitme isteğinde olan hükümetin, anayasa değişikliği teklifini getirirken, imtiyazın dar anlaşılması durumunda bu tip sözleşmelerde, yeni bir anayasa değişikliği yapılmadan, tahkime gidilememesi sonucunu doğuracağını düşünmüş olması gerekir. Düzenlemelerde herhangi bir türü belirtilmeden *“kamu hizmetleriyle ilgili şartlaşma ve sözleşmelerinden”* söz edilmektedir. Nitekim Anayasa'daki değişikliklere uyum sağlamak için yapılan Danıştay Kanunu değişikliğinde, 42.

maddenin c bendinde yer alan, “*bayındırlık imtiyazları*” ve “*maden imtiyazları*” türlerini öngören düzenleme “*kamu hizmetleriyle ilgili şartlaşma ve sözleşmeler*” olarak değiştirilmiştir.

Aktardığımız yeni düzenlemelerle güçlenen kanımızca, kamu hizmeti alanlarında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim işinin sözleşmeyle özel girişimciye bırakılmasını imtiyaz olarak niteleyerek, anayasa ve yasalarla kurulmuş olan rejimi bu nitelikteki tüm sözleşmelere uygulamak gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi ve Danıştay bu yolu tercih etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerine ilişkin ikili ayrımı kullanmaktadır: Tek yanlı işlemlerle (izin, ruhsat) ve sözleşmelerle kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi.

Anayasa Mahkemesi, özel kişilere verilmiş olan maden arama ruhsatları ve işletme haklarının geri alınmasını düzenleyen Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun’a ilişkin olarak 21.6.1979 tarihinde verdiği kararında, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerini de değerlendirmiştir.

“...özel teşebbüsün madeni devletle birlikte ya da tek başına arayıp işletebilmesi, başka bir deyişle bu kamu hizmetinin özel teşebbüs eliyle veya onun katılmasıyla görülebilmesi Devletin arama izni vermesi ya da Devletle özel teşebbüs arasında işletme konusunda bir ‘yönetmelik sözleşme’ yapılması zorunluğunu ortaya çıkarmaktadır.

3.3.1954 günlü, 6309 sayılı Maden Yasası, Anayasa’nın 130. maddesinin son tuncesinde sözü edilen ‘izin’i vermektedir. Bu Yasa ile aslında Devletçe yerine getirilmesi gereken bu kamu hizmetinin, özel teşebbüsçe, Devletin gözetimi ve denetimi altında nasıl yapılacağı gösterilmekte, yasa ve yönetmelik sözleşme kurallarına uyulmaması durumunda, Devlete, bu izni geri alma ve sözleşmeye son verme yetkisi tanınmaktadır. ...Yönetim hukukunun genel ilkelerine göre, yönetmelik izin ve sözleşmelere yönetimce tek yanlı olarak her zaman son verilebilir.”⁷⁸⁹

Anayasa Mahkemesi kararlarında “imtiyaz” genel/kapsayıcı yöntem olarak kabul edilmektedir. Örneğin aktaracağımız kararda, kamu hizmeti imtiyazı

⁷⁸⁹ AM., E.1979/1, K.1979/30, k.t.21.6.1979, **Anayasa Yargısı (Föyvolan)** c.2, s. 72/1, **AMKD**, sy.17, s.216-265

yönteminin, kamu hizmetinin özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesi yöntemlerinin üst başlığı olduğu sonucuna varılmıştır:

“... Devlete ait bu denli önemli bir kamu hizmetinin (eğ itim ve öğretim hizmetleri) yürütülmesinde çok az da olsa pay sahibi kılınan özel okulların konumunu bir çeşit ‘kamu hizmeti imtiyazı’’na benzetmek mümkündür. Devlet, bir kamu hizmetini, bizzat kendi personeli, araç ve gereciyle yapabileceği gibi, bu hizmeti özel kişilere de yaptırabilir. Ancak bu durum hizmeti yapmakla yükümlü kılınan kamu kurumunu hizmetten yararlananlara ve üçüncü şahıslara karşı sorumluluktan kurtarmaz. Bu sebeple özel okulların, iç yönetimlerinde ve dış etkinliklerinde Devlet okullarında olduğu gibi hizmetin kurallarına uygun ciddiyet ve güvenilir biçimde yürütülmesini sağlamak Devletin görevidir. O halde bir yanda genel kamu yararı amaçlayan bir kamu hizmeti, öte yandan da yararını düşünen özel kişiler vardır ve işte bu yarar çatışmasının dengelenmesi sözkonusudur. Bunu sağlayabilmek için de yürütülecek hizmet üzerinde kamu kurumuna etkin yetki ve sorumluluk tanımak gerekir.”⁷⁹⁰

Özel okulların konumu “bir çeşit ‘kamu hizmeti imtiyazı’na” benzetilmiştir. Bu saptamaya ilişkin olarak iki varsayım ortaya çıkmaktadır. İlk olasılığa göre, Anayasa Mahkemesi, “kamu hizmeti imtiyazı” terimini sehven kullanmıştır, zira, kararın başında özel okul açmanın idareden alınacak izinle olacağı belirtilmiştir (s.131). “Kamu hizmeti imtiyazı”, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde ruhsat yönteminin yanında sözleşmeyle gördürme yöntemidir. İkinci olasılık, Anayasa Mahkemesi’nin imtiyaz yöntemini, kamu hizmetinin özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesinin tek yolu olarak görmesidir. Karardaki “*özel okulların konumunu bir çeşit ‘kamu hizmeti imtiyazı’na benzetmek mümkündür*” cümlesinin ardından gelen kamu hizmetlerinin yürütülme yöntemlerine ilişkin yapılan “*devlet, bir kamu hizmetini, bizzat kendi personeli, araç ve gereciyle yapabileceği gibi, bu hizmetti özel kişilere de yaptırabilir*” genel saptamasını da dikkate alınca bu ihtimal güçlenmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin sonraki kararlarında da benzer yaklaşım sürmüş ve yap-işlet-devret düzenlemelerine ilişkin kararlarında kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesinin tek yöntemi olarak imtiyaz kabul edilmiştir. Kararın başında özel eğitim-öğretim kurumlarının izin yöntemine tabi

⁷⁹⁰ AM., E.1990/4, K.1990/6, k.t.12.4.1990, AMKD, sy.26, s.134, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 59/1

olduğunun belirtilmesi, fakat daha sonra eğitim-öğretim kurumları açılmasının kamu hizmeti imtiyazına benzetilmesinin yarattığı durumu, karar yazım tekniklerinin yarattığı bir çelişki olarak değerlendirebileceğimiz gibi genel bir sonuca varmak için de kullanabiliriz.

Anayasa Mahkemesi'nin, enerji alanında özelleştirmeyi düzenleyen 3974 sayılı Kanunun iptaline ilişkin kararında, kamu hizmetlerinin özel kişilere kurdurulması ve/veya gördürülmesini konu alan sözleşmelerin hukuki rejimine ilişkin değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu kararda varılan sonuçlar, konuya ilişkin bundan sonraki kararların tümünde kullanılmıştır.

Eerji üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin özel kişilere kurdurulmasını veya işlettirilmesini konu alan sözleşmelerin “*özel hukuk hükümlerine tabi olduğu*” ve “*imtiyaz teşkil etmeyeceğini*” düzenleyen dava konusu Kanun'un ek 5. maddesi Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'nın kanuni hakim güvencesine düzenleyen 37. maddesine ve Danıştay'ın görevlerini düzenleyen 155. maddesine aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal sonucuna varırken işe sözkonusu sözleşmelerin niteliğini ve hukuki rejimini araştırarak başlamıştır. Kullandığı yöntem, idari sözleşmeleri tanımlamak ve dava konusu hükmün kapsadığı sözleşmelerin bu nitelikleri taşıyıp taşımadığını değerlendirmektir.

“Öğretide de kabul edildiği gibi bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir.”⁷⁹¹

Anayasa Mahkemesi'nin, yaptığı bu tanım gereği, kamu hizmetini de belirlemesi gerekmiş ve Mahkeme, “elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili

⁷⁹¹ AM., E.1994/43, K.1994/42-2, k.t.9.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.300; Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un “*idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir*” hükmünü içeren 5. maddesini, aktardığımız 3974 sayılı Kanuna ilişkin kararındaki gerekçelerle iptal etmiştir. Gerekçelerini şablon olarak tekrarlamıştır. AM., E.1994/71, K.1994/23, k.t.28.6.1995, **AMKD**, sy.32, c.1, s.161

etkinlikler kamu hizmetidir" sonucuna varmıştır. İdari sözleşmenin kamu hizmeti unsuruna ilişkin bu saptamalarından sonra, tanımda verdiği diğer unsurun, yönetime tanınan üstün yetkiler unsurunun dava konusu kuralın kapsadığı sözleşmeler için geçerli olduğu sonucuna varılmıştır (s.302). İdari sözleşmenin iki kurucu unsurunun da varlığını saptayan Anayasa Mahkemesi, idari sözleşmeler için idari rejimin anayasallığına karar vermiştir:

“Niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır (s.302).”

Dava konusu kuralın, kapsamındaki sözleşmelerin imtiyaz oluşturmayaacağına ilişkin hükmünü de değerlendiren Anayasa Mahkemesi, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin genel saptamalar yapmıştır.

“İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir ‘idari sözleşme’ uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine İMTİYAZ denir. ... Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri’ olarak tanımlanmaktadır (s.303).”

“Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlama için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar(s.303).”

“Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre de, ‘bir âmme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin’, ‘âmme hizmetinin görülmesinin ... devri’, ‘âmme hizmetlerinden birini ifa’, ‘kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak’ hukuksal sonucunu doğuran uzun süreli sözleşmeler, yalnız bu nedenle ‘idari sözleşme’ olduğu gibi, aynı zamanda bir ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi’dir (s.304).”

“Anayasa yargısı alanında bir hizmetin ‘kamu hizmeti’, bir sözleşmenin de ‘imtiyaz sözleşmesi’ olup olmadığı yasaya değil niteliğine bakılarak saptanabilir. ... Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersî durum, Anayasa’nın yargıya ve öndenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz (s.305).”

Anayasa Mahkemesi bu genel açıklamalardan sonra, dava konusu kuralın kapsadığı sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olup olmadığını değerlendirmektedir.

“Bu açıklamalar karşısında 3096 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret

yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, bu Yasaya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkının devri sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. Gerçekten, Yasa ile getirilen yöntem, ayrıcalığın (imtiyazın) tüm öğelerini içermektedir. Sermaye, riski de kendisinin olmak üzere özel hukuk kişisi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 99 yıl süreli bir idari sözleşme yapılacaktır. Yönetimin (idarenin) hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak belirleme yetkileri vardır. Yasa'ya göre süre sonunda tüm tesisler ve mallar borçtan arınmış olarak idareye geçecektir. ... Bu arada 3096 sayılı Yasa'daki 'görevlendirme' sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçmemesini sağlamak için kullanıldığını vurgulamakta yarar bulunmaktadır (s.304).”

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına göre, farklı isimlendirilmiş olsalar da Mahkemenin içtihatlarla ve öğretiye dayandırarak geliştirdiği imtiyaz tanımının unsurlarını taşıyan yeni sözleşme tipleri de imtiyaz başlığı altında değerlendirilecek ve onun anayasal ve yasal rejimine tabi olacaktır.

Anayasa Mahkemesi PTT'den telekomünikasyon hizmetlerinin ayrılarak Türk Telekomünikasyon AŞ'ye verilmesine ve bunların özelleştirilmesine yetki tanınmasına ilişkin 4000 sayılı Yasa'ya ilişkin kararında, “imtiyaz”ı üst yöntem olarak kullanmayı sürdürmüştür.

Dava konusu Yasa ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na eklenen 18. maddenin I. fıkrasındaki “bakanlık, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler konularında sermaye şirketlerine tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı (sermaye şirketlerinin devralacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olarak) verilebilir” hükmünü, öngörülen yöntemin açıkça belirtilmese de niteliği gereği imtiyaz olduğu gerekçesiyle anayasa aykırı görmemiştir.

“Ek 18.maddenin birinci fıkrasına göre yapılacak ve nitelikleri gereği imtiyaz olan işletme lisans ve ruhsat sözleşmelerinin (*maddede sözleşmeden bahsedilmiyor-OK*) özel hukuk kurallarına bağlı olmasını ve bunların imtiyaz oluşturmayacağını öngören bir kurala Yasa'da yer verilmediğinden ek

18.maddenin Anayasa'nın Başlangıcıyla, 2., 11., 125., ve 155. maddelerine aykırılığı savı yerinde bulunmamıştır.”⁷⁹²

Anayasa Mahkemesi, sözkonusu lisans ve ruhsatların niteliğini ve hukuki rejimini değerlendirmiş ve imtiyaz sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır.

“Ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre sermaye şirketlerine verilecek işletme lisans ve ruhsatlarının niteliğine gelince; 406 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde yapılan değişiklik sonucu kurulan Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin 'özel hukuk hükümlerine bağlı' olduğunun öngörülmesi ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre verilecek işletme lisans ve ruhsatlarının da özel hukuk kurallarına bağlı olması sonucunu doğurmaz. Çünkü, ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre, sermaye şirketlerine katma değerli hizmetlerin işletme lisans ve ruhsatı, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından değil, 'Bakanlık' tarafından verilecektir. ... Ancak, birinci fıkradaki katma değerli hizmetlere ilişkin işletme lisans ve ruhsat sözleşmelerinin (*maddede sözleşmeden bahsedilmiyor-OK*) Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından yapılması durumunda da sözleşmelerin 'imtiyaz sözleşmesi', daha geniş bir tanımla 'idari sözleşme' olma niteliği değişmeyecektir. Çünkü, ... Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi 233 sayılı KHK kurallarına bağlı bir kamu tüzelkişisidir. Özel hukuk hükümlerine bağlılığı faaliyetleri ile yapacağı özel hukuk sözleşmeleriyle sınırlıdır. Ulaştırma Bakanlığının sözkonusu fıkra gereğince, işletme lisans ve ruhsatına ilişkin sermaye şirketleriyle yapacağı sözleşmelerin idari sözleşme olacağı kuşkusuzdur. 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Yasa uyarınca, Bakanlığın lisans ve ruhsat verdiği şirketler için koşulları belirleme, gözetim, denetim ve yaptırım uygulama yetkisi vardır. Gerçekten de kamu hizmetinin özel teşebbüse gördürülmesine ilişkin olan ve yönetime üstünlük tanınan, koşullarını ulaştırma bakanlığının belirleyeceği sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleridir (s.414 -5).”

Yasada yer alan lisans ve ruhsat yöntemi Anayasa Mahkemesi tarafından “lisans ve ruhsat sözleşmesi” olarak nitelenmiş ve imtiyaz sözleşmesi sayılmıştır. Lisans ve ruhsat aynı kavramı ifade eden terimlerdir. Konumuz bakımından idarenin tek yanlı işlemiyle, belirli bir alanda faaliyet göstermek üzere özel girişimciyi yetkilendirmesini ifade eder. Sözleşme ile ruhsatın birarada anılması ancak, ruhsatın teknik bir terim olmaktan ziyade izin verme anlamıyla kullanılması halinde mümkün olabilir.

Yukarıda aktardığımız kararlardan anlaşılacağı üzere, anayasa ve yasalarda öngörülen imtiyaz rejimi, Anayasa Mahkemesi tarafından, kamu hizmetinin özel

⁷⁹² AM., E.1994/70, K.1994/65-2, k.t.22.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.415

kişilere gördürülmesinin kapsayıcı “torba rejimi” olarak kabul edilmektedir. Yasalarla veya uygulamada sözleşmenin unsurlarını değiştirerek, çeşitlendirerek yeni sözleşme biçimleri yaratılabilir. Ancak, bu sözleşme tiplerinin hukuki rejimi, Anayasa’daki imtiyaz rejiminden farklılaştırılmaz.

Kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kamu kesimi özel kesim ilişkisinde, emanet ve imtiyaz şeklinde iki uç bulunmaktadır. Bunların farklılaşma unsurları bellidir. Bu unsurları, yeni formüller içinde biraraya getirerek yeni sözleşme biçimleri yaratılabilir. Ancak bunları, hukuki sonuçları bakımından, genel bir kategori içinde ele alabiliriz. Buradaki hukuki sonuçlarla kastedilen, sözleşme biçimlerinin, tarafların hak ve borçları üzerindeki sonuçları değil; sözleşmelerin tabi olacağı hukuki rejimdir. Bunlar genel kategorilere bağlı olarak tanımlanabilir. Nitekim, Anayasa’da imtiyaz kavramı, sadece bir sözleşme biçimini anlatmak üzere değil, kamu hizmetinin özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesi kategorisini ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Özel hukukta da sınırsız biçimde çeşitlenen sözleşme biçimlerini açıklamak için genel kategorilere başvurma yolu seçilmektedir. Sözleşme, tarafların irade hürriyetine dayandığı için, temel kategoriler dışında tanımlanabilmesi mümkün olmamakta, isimsiz sözleşmeler kategorisi açılmaktadır. Örneğin, “iş görme sözleşmelerinin hemen tümünde ortak olan nokta, taraflardan birinin (iş görenin) diğer tarafa (iş sahibine) karşı bir iş görme borcu altına girmesi(-dir). Bu sebeple, iş görme borcu doğuran sözleşmeler arasında büyük bir benzerlik vardır ve bu sözleşmeleri birbirinden ayırd etmek, çok defa önemli güçlükler göstermektedir. Borçlar Kanunu’nun 386. maddesinin II. fıkrasında bu konuya ilişkin olarak, şöyle bir hüküm getirilmiştir: ‘diğer akitler hakkındaki kanunî hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.’... İş görme borcu doğuran sözleşmeler sadece Borçlar Kanununda düzenlenen hizmet, istisna, neşir, vekalet gibi sözleşmeler değildir. Bu sözleşmelerden hangisine girdiği oldukça tartışmalı olan sözleşmeler bulunduğu gibi, kanunda düzenlenen bu sözleşmelerin dışında yer alan ve tarafların serbest iradesiyle gerçekleştirdiği başka iş görme borcu doğuran (isimsiz) sözleşmeler de

bulunmaktadır.”⁷⁹³ Sözleşmelerin hukuki rejimleri ancak genel kategoriler içinde tanımlanabilir. Bu nedenle Anayasa’da da kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini konu alan sözleşmelerin tümünü kapsayan genel bir hukuki rejim düzenlendiği kabul edilebilir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında bu görüş net biçimde yer almaktadır. Danıştay’ın içtihadı da bu yönde gelişmekle birlikte, anayasa yargısından farklı olarak uyuşmazlık konularının somutluğu ve çeşitliliği nedeniyle her olayda aynı hassasiyet gösterilmemektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi Danıştay kararlarında da, kamu hizmetinin özelleştirilmesi amacıyla yaratılan yeni yöntemler, imtiyaz sözleşmesi kapsamı içinde değerlendirilmiştir.

Danıştay 10. Dairesi, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun’a dayanılarak Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) ile bir şirket arasında yapılan “işletme hakkı devir sözleşmesi”nin imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığına ve Danıştay incelemesinden geçirilmediğinden iptaline karar vermiştir. Danıştay ilk olarak idari sözleşmenin iptal davasına konu olabileceğini belirtmiş; daha sonra sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olduğunu ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tüm unsurlarını taşıdığını saptamıştır.

“İdari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden çıkacak her türlü uyuşmazlık, idarenin tek yanlı işlemlerinde olduğu gibi idari yargının görev ve yetki alanına girmektedir. ... 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesi 3. bendine göre, Türkiye Elektrik Kurumu bir kamu iktisadi kuruluşudur. Bu kurum tarafından veya bu kurumun gözetimi altında olan bir özel girişimci tarafından kamuya sağlanan, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı tesislerini kurmak ve işletmek, ticaretini yapmak şeklindeki hizmet, bir kamu hizmetidir. ... Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusu olup, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin uzun ve belli bir devre

⁷⁹³ Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta, 1996, s.403

için yapılması kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran özelliklerdir. ... 3096 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde yapılan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu, sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığı, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır. ... Anayasa hükmüne uyulmadan, Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeden yürürlüğe konulduğu anlaşılan Türkiye Elektrik Kurumu ile ... Elektrik Tic. A.Ş. arasında imzalanan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin iptaline ... oybirliğiyle karar verildi.”⁷⁹⁴

“İşletme hakkı devir sözleşmesi”nin imtiyaz sayılmasının yanı sıra Danıştay, 3096 sayılı Yasadaki “görev verme (görev şirketi) sözleşmeleri”nin de imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığına ve Anayasa gereği Danıştay incelemesinden geçirilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin istisari görüş vermiştir.

“... konusu kamu hizmeti olan bu sözleşmeler, idari karakterde olduğu kadar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran ... tüm unsurları taşımaktadır.”⁷⁹⁵

3096 sayılı Kanun çerçevesinde özelleştirilen elektrik dağıtım hizmeti sırasında şirket lehine kamulaştırılma yapılması gereği doğmuş, ancak kamulaştırmaya konu taşınmazın sahibi Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında uyuşmazlık çıkmıştır.⁷⁹⁶ Şirketle Bakanlık arasındaki, işletme hakkı devir sözleşmesi Danıştay tarafından önceden iptal olduğundan, Bakanlık ile şirket arasındaki gerekli bağın kurulduğunu kanıtlamak için görev sözleşmesine

⁷⁹⁴ D.10. D., E.1991/1, K. 1993 /1752, k.t. 29.4.1993, **DD.**, yıl 24, sy. 88, 1994, s. 463-466; bu karar İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun E.1993/358, K.1994/10 sayılı ve 21.1.1994 tarihli kararıyla onanmıştır.

⁷⁹⁵ D1.D., E.1992/232, K.1992/294, 24.9.1992, **DD.**, sy. 87, 1993, s. 33-40; Ayrıca, Danıştay Birinci Dairesi, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde 3096, 3974, 3996, 4046, 4047 sayılı kanunlara göre, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Birecik Barajı Hidro Elektrik Santrali Tesis ve işletme A.Ş. arasında imzalanan sözleşmenin, ilgili mevzuat ve Anayasa Mahkemesi kararları karşısında, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğuna ancak, Danıştay'ın imzalanıp tamamlanmış ve taraflar arasında sonuçlarını doğurmaya başlayan sözleşmeyi inceleme imkanı bulunmadığına karar vermiştir. D1.D, E.1995/49, K.1995/93, k.t. 26.4.1995

⁷⁹⁶ Bunun üzerine Kamulaştırma Kanunun 30. maddesine göre uyuşmazlığın çözümü için Danıştay 1. Dairesine başvurulmuştur. 1. Daire, 3096 sayılı Yasadaki kamulaştırma yetkilerinin üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulabilmesi durumlarını kapsadığını olayda ise şirketin hizmet binası ihtiyacının sözkonusu olduğu, bu nedenle 3096 sayılı Yasaya göre

dayanılmak istenilmiş ancak, görev sözleşmenin Danıştay incelemesinden geçirilmiş bir imtiyaz sözleşmesi olmadığı gerekçesiyle Danıştay İdari İşler Kurulu bu iddiayı da yerinde görmemiştir. Kararda kamu hizmeti ve kamu hizmeti imtiyazına ilişkin tanımlamalar da yapılmıştır.

“Anayasa hükmüne rağmen Danıştay’ın incelemesinden geçirilmeden yürürlüğe konulan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi iptal edilmiş, söz konusu karar İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca onanmıştır. Tüm bu kararlar karşısında, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı görevinin özel bir şirkete devrinin ancak bir imtiyaz sözleşmesiyle mümkün olabileceği kesinlik kazanmıştır. ... Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

Kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini özel bir girişimciye devreden ‘imtiyaz sözleşmeleri’ ile esasen idareye ait olduğu kabul edilen, hizmetin yürütülmesi için gerekli üstün yetkilerin özel hukuk tüzelkişisine kullanılması söz konusudur. Bir başka anlatımla imtiyaz sözleşmeleri ile kamu hizmetinin yapısında bulunan ayrıcalık, kendisine kamu görevi verilen özel hukuk tüzelkişisine geçmekte, onun tarafından kullanılmaktadır.

Kamu hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşıdığı ve yayıldığı bilinen bir gerçektir.

Gerek kapsamın genişlemesi, gerekse yönetimin işinin çokluğu ve kaynak bulmadaki güçlükler kamu hizmetinin bir özel girişimci eliyle yürütülmesini gündeme getirmekte, bu da idare ile girişimci arasında bir sözleşme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.”⁷⁹⁷

Yukarıdaki başlıkta açıklamaya çalıştığımız gibi “ruhsat” kurumunun kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kullanılamayacağını düşünmekteyiz. Ancak imtiyaz ve ruhsat yöntemlerinin birlikte alternatifli olarak kullanılabileceğine ilişkin bir Danıştay kararı bulunmaktadır.

Özel havaalanı işletmeciliği için verilecek izinlerin 2920 (Türk Sivil Havacılık Kanunu), 3996 ve 4046 sayılı Kanunlardan hangisine tabi olacağı konusunda doğan

şirket lehine kamulaştırma yapılamayacağına karar vermiştir. D1.D., E.1996/51, K.1996/89, k.t.7.5.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.34

⁷⁹⁷ DİİK., E.1996/79, K.1996/83, k.t.3.10.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.36-7

tereddüt üzerine Danıştay'dan istişari görüş sorulmuştur.⁷⁹⁸ Danıştay görüşünde, bu üç düzenleme arasında bir çelişki bulunmadığı, bu düzenlemelerin alternatif yöntemleri öngördükleri sonucuna ulaşmıştır.

“4046 sayılı Özelleştirme Kanunu, 2920 sayılı Kanunun özel hukuk kişilerinin havaalanı yapım ve işletmesine olanak tanıyan hükümlerini açık ya da örtülü olarak kaldırdığına ilişkin herhangi bir kural içermemekte, özel nitelik taşıyan 2920 sayılı Kanunun düzenlediği alanlarda uygulanması zorunlu bulunmaktadır. ...Devlet veya kamu tüzelkişilerinin yanı sıra özel hukuk kişilerinin de, 2920 sayılı Kanun uyarınca havaalanı yapım ve işletmesini mümkün olduğu, ancak bu yatırım ve hizmetlerin 3996 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilmesi halinde kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk kişileriyle yapacakları sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2920 sayılı Kanuna göre, Ulaştırma Bakanlığınca havaalanı yapım ve işletmeciliği ile ilgili olarak gerçek ve tüzelkişilere izin verilmesi yolunda sürdürülen uygulamanın, 3996 ve 4046 sayılı Kanunlara aykırılık oluşturmadığı anlaşıldığından, bu uygulamanın imtiyaz kapsamında olmadığı sonucuna ulaşılarak...”⁷⁹⁹

Bu durumda yasal dayanak bulunmak koşuluyla, kamu hizmeti hem ruhsat usulü hem de imtiyaz usulüyle gördürülebilecektir. Ancak kanımızca bu çelişik bir

⁷⁹⁸ 2920 sayılı Kanunun 34. maddesinde “Havaalanları, devlet veya kamu tüzelkişileri tarafından kurulur ve işletilir” (*kamu hizmeti alanı-OK*) “gerçek kişilerin ve tüzelkişilerin havaalanı ve iniş şeritleri inşa etmesi ve işletmesi Genelkurmay Başkanlığının olumlu mütalaası üzerine Ulaştırma Bakanlığı iznine bağlıdır” düzenlemesi yer almaktadır. 3996 sayılı Kanunun kapsam maddesinde ise, “sivil kullanıma yönelik hava limanlarının yaptırılması ve işletilmesi” de bulunmaktadır. 4046 sayılı Kanunun 15. maddesinde de “kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretimi faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz” hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanunun 35. maddesiyle Devlet Hava Meydanları Genel Müdürlüğü KİK’ler arasına alınmıştır.

⁷⁹⁹ D1.D., E.1996/17, K.1996/185, k.t.24.9.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.19-20. Karar İdari İşler Kurulu tarafından aynı gerekçelerle onanmıştır. DİİK., E.1996/108, K.1996/110, k.t.12.112.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.20. Kararda Danıştay’ın klasik olarak nitelendirilebilecek imtiyaz sözleşmesi tanımı da yapılmıştır. Dikkat çeken husus imtiyaz ve imtiyaz sözleşmesi ayrımı yapılmış olmasıdır: “Bilindiği gibi kamu hizmetlerinin uzun süreli bir ‘idari sözleşme’ uyarınca, sermayesi, kârı ve hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine ‘imtiyaz’ denilmekte; konusu, bir kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yerine getirenlere kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanıyan ve idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak için

sonuçtur. Zira vatandaşların (girişim) özgürlüğünü kullanırken izin sistemine tabi olmasını ifade eden ruhsat sözkonusu faaliyet alanının kamu hizmeti olmadığını gösterir. Bu durumda kamu hizmeti imtiyaz yöntemi ile ruhsat yönteminin alternatif olarak kullanılması çelişik bir durumdur. Ancak ruhsat, eklenen şartname ile birtakım kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi olmayı da beraberinde getiriyorsa bu durumda ortada, vatandaşların girişim özgürlüğünü kullanırken tabi olduğu bir izinden yönteminden söz edilemez. Kararda varılan sonuç, bu olasılık bağlamında değerlendirilirse tutarlı olabilecektir.

Danıştay içtihatlarında, genel olarak, yap-işlet-devret modeli imtiyaz olarak değerlendirilmiş olmakla birlikte, bu konuda hassasiyet gösterilmeyen kararlar da bulunmaktadır. Örneğin, Savarona Yatı'nın kullanım hakkı,, Devlet İhale Kanunu hükümlerine dayanılarak, yap-işlet-devret modeline göre restore edilmek üzere Maliye Bakanlığınca, 49 yıllığına bir şirkete ihale ile verilmiştir. Danıştay, işlemde hukuka aykırılık görmeyen, Ankara 5. İdare Mahkemesi kararını onamıştır.⁸⁰⁰ Kararda gerekçe yoktur. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yap-işlet-devret modeline ilişkin yetki bulunup bulunmadığı değerlendirilmemiş; işlemin dayanağı tartışma konusu yapılmamıştır. Yap-işlet-devret yöntemi kullanıldığı saptanan kararda, imtiyaz kurallarına uyulup uyulmadığı araştırılmamıştır.

Danıştay içtihadında, imtiyaz sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar için, uyuşmazlık özel hukuk kuralları esas alınarak çözülecek olsa bile görevli yargı yerinin idari yargı olduğu kabul edilmektedir.

“İmtiyaz sözleşmelerinin idarî mukavelelerin en tipik bir türünü teşkil ettiği bilenen bir husustur. ... Mukavele hükümlerinden doğan anlaşmazlığın çözümüne uygulanacak hükümlerin kamu hukuku ya da özel hukuk sahasına ilişkin hükümler olması, görevli yargı yerinin değişmesini gerektirecek bir unsur değildir. Böyle bir görüş idarî bir mukaveleden doğan anlaşmazlıkta, her anlaşmazlığın öznel niteliğine göre değişik yargı yerlerinde incelenmesi gibi

denetim ve gözetim yetkisine sahip olduğu uzun süreli sözleşmeler ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi’ olarak tanımlanmaktadır (s.19).”

⁸⁰⁰ D10.D., E.1992/3614, K.1994/1901, k.t.28.4.1994, **DD.**, sy. 90, 1996, s.1076

hem karışıklıklar yaratan hem de 521 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin (C) bendinde yer alan hükmün kapsamını daraltan bir sonuca münfer olur.”⁸⁰¹

Yukarıda aktarmaya çalıştığımız kararlardan da anlaşılacağı üzere, imtiyaz yöntemi dışında yaratılmaya çalışılan kamu hizmetlerini sözleşmeyle özel girişimcilere gördürme yöntemleri, Anayasa Mahkemesi tarafından imtiyaz yöntemi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesi için kullanılan sözleşmelerin hukuki rejimini kamu hukukundan çıkarma girişimleri, Anayasa Mahkemesi tarafından engellenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin “*niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır*”⁸⁰² içtihadına yanıt anayasa değişikliği şeklinde gelmiştir.

1999 Anayasa değişiklikleriyle “*devletleştirme ve özelleştirme*” başlığı alan 47. maddenin III. fıkrasına göre, “*devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*”

Bu düzenleme ile kamu hizmetini konu alan sözleşmelerin sadece hukuki rejimi değiştirilmek istenmemiş, yargı düzeninde de değişiklik yapma olanağı getirilmiştir. Kamu hizmetini konu alan bir sözleşmenin, yasada özel hukuka tabi bir sözleşme olduğunun belirtilmesi, onun idari sözleşme olmadığı anlamına gelecektir. Bu durumda yapılan sözleşme, görev alanı “*idari işlem ve sözleşmelerle*” tanımlanan idari yargının alanı dışında kalacaktır.

İdari sözleşmelere karşı doğrudan iptal davası açma idare hukukumuzun bir ileriliği olarak ortaya çıkmaktadır. Fransa’da ancak sözleşmeden ayrılabilen idari işlemlere karşı iptal davası açılabilir. İdari sözleşmeye karşı iptal davası açılmamasının nedeni, idari sözleşmelerin “*tipik bir idari işlem*” olarak değerlendirilmemesidir. İdari işlemler idarenin tek yanlı işlemleriyle sınırlanmakta, ortaya çıkışında idarenin iradesinin yanısıra özel kişinin iradesinin de katıldığı, iki

⁸⁰¹ DDDK., E.1968/41, K.1970/648, k.t.11.12.1970, **DD.**, sy. 3, 1971, s.150

yanlı nitelikteki, idari sözleşmeler iptal davasına konu olabilecek idari işlem sayılmamaktadır. Sözleşmenin iptali durumunda, idari yargı sadece idarenin iradesini iptal etmeyecek, sözleşmenin oluşumuna katılan özel kişinin iradesini de ortadan kaldırılabilecektir. Fransız hukuku için bu mümkün değildir. Bireylerin iradelerinin yargılandığı düzen adli yargıdır. Hukukumuzda Danıştay içtihatları sayesinde idari sözleşmelere karşı iptal davası açılabilme imkânı geliştirilmiştir.⁸⁰³ Yapılan anayasa değişikliği ile aslında bu yol ortadan kaldırılmak istenmektedir. İdari sözleşmeler, yasa ile özel hukuk sözleşmesi sayılarak idari yargının görev alanından çıkarılmakta; böylece, kamu hizmetini konu alan sözleşme, kamunun yargısal müdahale alanından uzaklaştırılarak taraflararası bir ilişki (saf bir sözleşme) olarak algılanmakta ve bireyler arası ilişkilerin yargı düzenine, adli yargı düzenine aktarılmaktadır. İdari yargının, sözleşmenin tarafı olmasa bile yeterli ilgi bağı kuran (*locus standi*) bireylere sözleşmeye karşı dava açma imkânının getirdiği rahatsızlık böylece aşılmaya çalışılmaktadır.

Anayasa değişikliğinin, idari sözleşmelerin hukuk ve yargı düzenini değiştirme amacını gerçekleştirmesini güçleştirecek yargısal teknikler bulunmaktadır.

İdare hukukuna veya özel hukuka tabi olsun “idarenin sözleşmeleri”nin oluşum aşamaları idaridir. İdarenin sözleşme yapma iradesini oluşturma aşaması ihale olarak adlandırılır ve bir dizi idari işlemten oluşur. İhale aşamasının karmaşıklığı ve uzunluğu yapılmak istenen sözleşme tipine göre farklılık gösterir. Buradaki ihale kavramını sadece Devlet İhale Kanunu'nda belirtilen usul anlamında kullanmıyoruz. İhale, idarenin sözleşme yapma iradesinin ortaya çıkmasında izlenen usulleri ifade etmektedir. Bu nedenle, Devlet İhale Kanunu'nu hükümlerine tabi olmadığı kabul edilen⁸⁰⁴, idarenin serbest seçimiyle (*intuitu personae*) ortaya çıkan imtiyaz

⁸⁰² AM., E.1994/43, K.1994/42 -2, k.t.9.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.302

⁸⁰³ Bu içtihat doğuşu için bkz Yıldırım Uler, “Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler”, **AÜHFD**, c.22-23, sy.1-4, 1965-6, s.214

⁸⁰⁴ İmtiyaz sözleşmelerinin ihale aşamasına ilişkin genel usul öngörülmemiştir. Devlet İhale Kanunu'nda da imtiyaz sözleşmelerine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak yap-işlet-

sözleşmelerinde de, daha gevşek de olsa bir ihale aşaması vardır. İdarenin sözleşmelerindeki bu ihale aşamasında ortaya çıkan işlemler ayrı idari işlemler olarak, idari yargıda iptal davasına konu edilebilir. Yani idarenin sözleşme yapma iradesi, sözleşmeden bağımsız olarak, idari iptal davasına konu olabilir. Buna hukuki engel bulunmamaktadır. Ancak ortaya çıkabilecek olası bir iptal kararının, sözleşme üzerine etkisi tartışmalı olabilir. Sözleşme yapma iradesinin hukuka aykırı biçimde olduğu mahkeme kararıyla saptanan idarenin, yargı kararını uygulamak için sözleşmeyi feshetmesi gerekir.

Anayasa değişikliğinden sonra henüz bir içtihat gelişmemiş olduğundan yukarıda yaptığımız değerlendirmeyi sınama imkânımız bulunmamaktadır, ancak belirttiğimiz gibi anayasa değişikliğini fiilen etkisiz kılacak yargılama teknikleri en azından kuramsal olarak mevcuttur.

Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri için belirtilmesi gereken önemli bir nokta, “hizmetlerin yürütümü özel kişilere devredilse bile, hizmetin niteliği ve ilkelerinin değişmeyeceğidir. Özellikle kamu hizmeti ilkeleri varlığını korur ve idarenin hizmetlerden sorumluluğu devam eder.

devret gibi yeni usulleri öngören yasalarda ve ilgili yönetmeliklerde idarenin sözleşme iradesinin oluşum aşamasına (ihaleye) ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Fransız uygulamasında kamu hizmeti imtiyazı ve türev uygulamalarının temel özelliği, idarenin herhangi bir sözleşme yapma usulüyle bağlanmamış olmasıdır. İdare sözleşmeci tarafı seçmede serbesttir. Bu özellik *intuitu personae* ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Kamu hizmeti imtiyazından farklı olarak, bayındırlık hizmeti imtiyazları ve kamu alımları için özel ihale yasaları bulunmaktadır. Ancak Avrupa Birliği, Fransa’yı önemli bir pazar olan, imtiyaz uygulamalarını, alenileştirmek ve serbestleştirmek için zorlamış; buna bağlı olarak Fransa’da imtiyaz uygulamasını, idarenin seçim takdirini ortadan kaldırmadan, kuralla bağlayan bir yasa çıkarılmıştır. Yozlaşmanın önlenmesine ilişkin 29.1.1993 tarihli *Sapin* Yasası olarak anılan Yasa’da, “*kamu hizmetinin devri*” başlığı açılmış, imtiyaz, müşterek emanet (*la régie intéressée*), iltizam (*l’affermage*) ve vekillik (*la gerance*) bu başlık altında değerlendirilerek sözleşmelerin yapılışına ilişkin ortak kurallar getirilmiştir. Bkz, Pierre Delvolvé et al., **La concession de service public face au droit communautaire**, Paris, Sirey, 1992; Artık bu sözleşmeler, ortak kurallara uymak bakımından “kamu hizmetinin devri sözleşmeleri” olarak anılmaktadır. İmtiyaz yönteminin en temel özelliği *intuitus personae* dır. Yani sözleşmeci tarafı kamu hizmetlerinin gerekleri doğrultusunda serbestçe seçme. Bu yasa idarenin son seçim hakkını dışarda bırakmaktadır. Yarışma ve açıklığı

Özel kişilere gördürülen kamu hizmetlerinin “kamu hizmeti” niteliğini yitirmediğine ve idarenin sorumluluğunun sürdüğüne ilişkin Danıştay içtihadı bulunmaktadır.

“Belediyelerin yasayla tanınan hizmetini bizzat yerine getirmeyip toplu taşımada kullanılan araçların mülkiyetini veya işletme hakkı nı devretmesi, hizmetin hukuki niteliğini değiştirmeyecektir.

... Toplu taşıma hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu olan belediyenin toplu taşıma ile ilgili görevlerinden bir kısmını yürüten ... Deniz Otobüsleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin de, yürüttüğü kamu hizmetiyle ilgili mevzuata uygun biçimde faaliyette bulunması gerekir.

Bu durumda mevzuatımızda bir kamu hizmeti olarak düzenlenen ve belediye sınırları içinde belediyeye tekel niteliğinde imtiyaz ve hak olarak verilen toplu taşıma hizmetlerinin bütününden; bu imtiyazın bir kısmının mülkiyeti veya işletme hakkı devredilmiş olsa dahi; ... maddesinde sayılanlar arasında bulunan vazife malülleri ve eşlerinin ücretsiz faydalandırılmaları yasanın amir hükmü gereği olup, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlılık bulunmamaktadır.”⁸⁰⁵

Kamu hizmeti, özel kişiye gördürülürken de idarenin sorumluluğu devam etmektedir. Örneğin, Beşiktaş-Ortaköy istikametinde seyreden bir taksi otomobil, İstanbul Belediyesi müteahhidi tarafından açılmış çukura düşerek hasar görmüş Danıştay iş müteahhide verilmiş olmasına karşın idarenin sorumluluğunun devam ettiğine karar vermiştir.

“İdare, uhdesinde mevcut âmme hizmetlerini müteahhitler eliyle yürütmüş olsa dahi, hizmetin ifası sırasında ferdlere ika eden zararları n tazmininden kurtulamaz. Bu kabil hâdiselerde, idarenin ajanı sıfatıyla hareket eden müteahhidin akdî mesuliyeti ancak idare ile arasındaki rücu münasebetinde nazara alınacak bir hususî hukuk mesuliyeti olup, idare hukuku bakımından tazmin mükellefiyeti hizmetin asıl sahibi idareye terettüp eder.”⁸⁰⁶

Daha yeni tarihli benzer bir kararda da aynı sonuca varılmaktadır:

“...1580 sayılı Belediye Yasası’nın 15. maddesinin 31. ve 32. fıkraları gereğince yol ve kanalizasyon yapımı belediyelerin görevleri arasında s ayılmış

sağlamakla yetinmektedir. “Kamu hizmetinin devri” için bkz. Jean-François Auby, **La délégation de service public**, Paris, Dalloz, 1997

⁸⁰⁵ D10.D., E.1997/160, K.1997/2583, k.t.25.6.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.643

⁸⁰⁶ D 12.D., E.1965/3686, K.1966/286, k.t.15.10.1966, **Danıştay Kararları (1965, 1966, 1967)**, Ankara 1967, s.207-8

olup, bu görevin yükleniciye yaptırılmasının belediyeyi sorumluluktan kurtaramayacağı, ancak aralarında yapılan sözleşme uyarınca belediyenin hasar bedelini yükleniciden isteyebileceği doğal bulunduğundan husumet itirazı yerinde görülmemiştir.”⁸⁰⁷

Hukuki rejiminin belirlenmesi bakımından kamu hizmeti imtiyazı yönteminin iki temel unsuru vardır. Her şeyden önce bu yöntemle bir kamu hizmeti örgütlenmekte, düzenlenmektedir. İkinci olarak bu yöntemle özel girişimciyle, sözleşme çerçevesinde ilişkiye girilmektedir. Bu iki unsur nedeniyle ortaya çıkan hukuki ilişki de karma nitelik alır.⁸⁰⁸ Hizmetin örgütlenme ve işleyiş koşullarına ilişkin hususlar, sözleşmesinin içinde yer alsın veya şartname şeklinde ek olarak ortaya çıksın, akdi değil tanzimi (kuralsal) nitelikte sayılır.⁸⁰⁹ Bunun dışında, özel girişimcinin mali haklarına ilişkin bölümler akdi nitelikte kabul edilir. Bu ayrımın önemi, idarenin, kamu hizmetinin işleyiş koşullarına ilişkin tek yanlı değişiklik yapma yetkisini sürdürmesidir. Özel girişimcinin mali haklarını önemli ölçüde etkilemediği sürece bir giderim de gerekmez. Akdi hükümlerin ise idarece tek yanlı olarak değiştirilmesi mümkün değildir.

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini konu alan sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmelerinden farklılaştıran temel özellik de bu yarı kuralsal karma niteliğidir.

Sözleşmenin bu genel hukuki rejimi dışında, imtiyazcının ayrıcalıkları, imtiyazcının yükümlülükleri, kullanıcılardan alınacak paranın niteliği, tarifenin nasıl

⁸⁰⁷ D.8.D, E1985/211, K.1987/313, k.t.8.7.1987, **DD.**, sy.70-71, 1988, s.426

⁸⁰⁸ İmtiyaz sözleşmesinin tam bir sözleşme niteliği taşımadığı, Danıştay’ın bu konudaki ilk kararı olarak kabul edilen 26 Şubat 1935 tarihli Tramvay Şirketi kararında, idarenin yetkilerini gerekçelendirirken vurgulanmıştır: “âmmе hizmeti imtiyaz mukavelesinin illeti tesisi, bu hizmetin görülmesinden ibaret olmasına nazaran, bu türlü mukaveleler, hususî ve ferdî teşebbüsün sureti icraiyesi hakkında tarafların mütekabil taahhütlerini gösteren bir anlaşma mahiyeti arz edemez. Bunlar hakikatte âmmе hizmetinin temşiyet şeklini ifade ederler.” Karar yayınlanmamıştır. Aktaran, Osten, **İdarî Mukavele ve Âmmе Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti**, s.22

⁸⁰⁹ Jèze, imtiyaz yöntemindeki akdi ve tanzimi unsurları ayırmakta; tanzimi unsurun tek yanlı olarak değiştirilebileceğini saptamaktadır. Jèze bir hukuki metin içinde varolan bu iki

belirleneceği ve değiştirileceği; tarifieden doğabilecek uyuşmazlıkların niteliği, idarenin tek yanlı değişiklik yapma ve yaptırım uygulama gibi yetkileri, “keyfi karar (*fait du prince*)” kuramı, “öngörülemezlik (*l'imprévision*)” kuramı, ağrı kusur ve kamu hizmetlerinin tehlikeye düşmesi durumunda mahkeme kararıyla fesih (*déchéance*), yükümlölüklerini yerine getirmeyen özel girişimciye karşı kullanıcıların hakları gibi sözleşmenin hukuki rejimini somutlaştıran konular, tezin kapsamının sınırlanması düşüncesiyle inceleme dışında bırakılmak zorunda kalınmıştır.

hukuki işlemin ayrılmasının güç olduğunu da eklemektedir. Gaston Jèze, “Karar notu: CE, 11 Mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*”, **RDP**, 1910, s.270

SONUÇ

Kamu hizmeti, adına uygun olarak bir kamusalılığa atıf yapar. Kamu (âmme) ise, siyaset biliminin en önemli tartışmalarını özetleyen bir kelimedir. “Kamu” bir yandan, “ahali, halk, topluluk, toplum, genel, herkese ait” anlamını, öte yandan da “devlete ait” anlamını taşımaktadır. Kamu, kamusalılık, aynı zamanda hem tüm topluma hem de devlete ilişkin olmayı ifade etmektedir. Örneğin, kamu hukuku devlet faaliyetlerine uygulanan hukuk dalını tanımlar. Kamu düzeni dediğimizde, daha karma bir anlam vardır. Düzenin ne olduğunu tanımlayan devlet olmakla birlikte, düzeninin “kamu”su toplumdur.

Devletin gerek kendi örgütlenmesi ve gerekse toplum ile kurduğu ilişkiyi tanımlayan tüm terimlerde “kamu” nitelemesi yer almaktadır. Varolan toplumsal yapılarda, en geniş örgütlenmiş “kamusalılık”⁸¹⁰ biçimi olarak devletin bu sıfatı çekincesiz taşınmasında bir anormallik yoktur. Aksine kamu kavramının ilk anlamının, “toplumsallık, genellik” anlamının sürekli akılda tutulması, kamusalılık nitelemesini çekincesiz üstlenen devlet örgütlenmesinin faaliyetlerinin sorgulanmasında yararlı olacaktır. “Kamu”yu sadece “devlet”le eşitleyip tüm kavramlarımızı bu şekilde kurarsak demokratikleşmenin temel bir engelle karşılaştacağı açıktır. Ancak “kamu”yu, toplum, halk; kamusalılığı topluma aitlik

⁸¹⁰ “... Birey, grup ve bölgelerin çıkarlarının ötesinde bütün toplumun ortak işlerini yürütebilecek, bütün toplumun etkileyebileceği ve bütün toplumu etkileyebilecek tek toplumsal organ devlettir.” Sungur Savran, “Devlet mülkiyeti: Toplumsal mülkiyete giden yol. ‘Yeni bir kamusal alan’ tarifiinin imkansızlığı”, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu Girişimciliğinin Geçmişi Bugünü ve Geleceği c.1**, İstanbul, TMMOB-EMO, 1998, s.43,46 ; Bu görüşü göre, devlet dışında yeni kamusal alan aramak boşunadır.

Habermas’ın çalışmaları çerçevesinde geliştirilen görüşlerde ise kamusal alan devlet dışında kurulan, bireylerin ortak işler hakkında tartıştığı serbest söylemsel etkileşim alanlarıdır. Bu kamusal alanlar toplum ve devlet arasında, devleti kamusalılaştırarak, aracı olurlar (devlet faaliyetlerinden haberdar olma, bunları tartışma, oluşan görüşleri yasal olarak güvenceye alınmış, toplantı, basın ve ifade özgürlüklerinin kullanımıyla ve temsili demokrasinin parlamenter kurumları aracılığıyla devlete aktarma). Bkz. Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, Craig Calhoun (ed.), **Habermas and the Public Sphere**, Cambridge, MIT Press, 1992, s.112-113

olarak algılar ve devleti de en geniş örgütlenmiş kamusalılık olarak kabul edersek, kamusal “işlevleri”ni genişleterek, kamusal “işleyişi”ni derinleştirerek devleti demokratikleştirmemiz için bir umut olabilecektir. Kamu, kamusallaştırılmalıdır. Toplumsallaştığı, genele ait ihtiyaçları, sorunları üstlendiği oranda, devletin, dayandığı sınıflardan görelî özerkliği artmakta ve devlet, sistemin sınırları içinde demokratikleşmektedir. Kamusal işlevlerini terk ettiği oranda devletin içine kapanacağı ve düzen sağlama kamusal işleviyle sınırlanacağı ve bunun sonucu olarak görelî özerkliğinin zayıflayacağı, “kamusallığa” duyarsızlaşacağı rahatlıkla tahmin edilebilir.

Toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim faaliyetini üstlenerek kamu hizmeti alanları yaratması, devletin “kamusallaşma” biçimlerinden biridir. Ancak bu zorunlu olarak, kamu hizmeti alanlarındaki örgütlenmenin ve işleyişin, üstlenilen işlevin “kamusal” niteliğine uygun gerçekleşmesi sonucu doğurmaz. Devletin işlevlerinin kamusallaştırılmasının yanısıra, devletin işlevlerini örgütleme ve yerine getirme biçiminin “kamusallaştırılması” da demokrasi için bir zorunluluktur. Bu zorunluluğu hissettiği varsayılan hukukçular ve özellikle kamu hukukçuları için hukuktaki “kamu” nitelemesini, sadece “devlet”le eşitlememek, toplumsallık anlamıyla birlikte düşünmek bir görevdir.

“Kamu” kavramının ve bu kavramın kurucu öge olduğu “kamu hizmeti” kavramının, bu şekilde ikili niteliği ile düşünülmesinin gereksiz, buna atfedilen sonuçların da anlamsız olduğu; zira sınıf çelişkili toplumlarda, toplumsallığın ve devletselliğin içeriğinin egemen sınıfların çıkarlarıyla doldurulduğu itirazı yapılabilir. Anlık sapmalar olsa da uzun dönemde ve nihai aşamada, tüm sapmalara karşın varolan toplumsal yapıda “kamusallığın”, egemen olan sınıfın gereksinimleri çerçevesinde kalacağı açıktır. Ancak bunun yüzde yüz ve tek yönlü gerçekleştiğini savunmak ise anlamsızdır. Kamusallığın her yeni tanımlanması, çeşitli sınıflar ve çıkar birimlerinin açık veya örtük mücadelelerinin bir dengesi olarak ortaya çıkar.

“Kamu”nun ve “kamu hizmeti”nin ikili niteliği ile düşünülmesi ve “toplumsallık, genele aitlik” yönüne vurgu yapılmasının sakıncası, böyle bir

kavramlaştırmanın yol açacağı ideolojik sonuçlardır. Varolan toplumsal yapıların sınıf çelişkili niteliği nedeniyle, türdeş bir genellik, kamusalılık üretmeyeceği görülebilir. Kamusalılık kavramı ise bir genelliğe, türdeşliğe, ortak çıkara atıf yapmaktadır. Devletin kamusalılık sıfatına bu denli sıkıca sarılmasının nedeni de budur. Uzlaşmaz karşıt çıkarların ötesinde bir bütünlüğe atıf yaptığından kamu ve kamu hizmeti kavramları ideolojik kavramlardır. Bir kamu hizmetleri ideolojisinden söz edilebilir. Genel olarak hukuk da ideolojik bir işleve sahiptir. Hukuk, hem zorun gerçekleştirildiği, maddi düzenin maddi araçlarla kurulmasında kullanılan bir araç hem de gerçekliğin insan bilincinde yeniden inşasında işlev gören ideolojik bir araçtır. İdeolojik yönüyle hukuk, kimi toplumsal ilişkilerin insan bilincinde az ya da çok yanılsamalı biçimde kurulmasına yol açar. Toplumsal bilinçte gerçekleştirdiği bu inşa ile çatışmalı toplumsal ilişkilerin kendini yeniden üretmesine aracılık eder; hegemonyanın kuruluşunda rol oynar; bu rolün gerçekleşmesinde, hukuksal söylem, hukukun toplumsal ilişkilerin anlamlarını belirlerken, ifade ederken kullandığı kavramlar, kategoriler önem kazanır. Bu bağlamda hukuk, yönetilenlerin onayını cebri ve ideolojik araçlarla üretme işlevini görür. Varlığını kabul edebileceğimiz “kamu hizmeti ideolojisi”nin temel işlevi, devlet ve toplumdaki sınıfsal çelişkileri görünmez kılması, devlet kavramını sadece ortak yarar için hareket eden bir örgütlenme olarak kurmasıdır.

“Kamu” ve “kamu hizmeti” kavramlarının ideolojik niteliği ve işlevini fark edip, akılda tutmak ayrı, bu ideolojik işlevi nedeniyle “kamu” ve “kamu hizmeti” kavramlarının sunduğu olanakları terk etmek ayrı bir tavidir. Kanımızca ikinci tavır, kamuyu (devleti) kamusallaştırma imkanını da terk etmek anlamına gelecektir.⁸¹¹

⁸¹¹ “Kamu”, kamu yararı” ve “kamu hizmeti” kavramlarının ideolojik yönlerini ortaya çıkarmak için sol eğilimli Fransız yazarlar 1970’lerde, etki yaratan önemli çalışmalar yapmışlardır. Chevallier’ye göre, “liberal öğretinin aksine, siyasi idari sistem, toplumsal yapının üstünde ve dışında değildir. ... Devlet aygıtı, egemen ve tabi sınıf veya gruplara bölünmüş bir toplumda faaliyet gösterir. Karşıt sınıfların varlığı nesnel bir ‘ortak yarar’ belirlenmesini imkansız kılar.” Jacques Chevallier, “L’intérêt général dans l’Administration française”, **RISA**, sayı 4, 1975, s.336-7; Ayrıca bkz. Jacques Chevallier, “Réflexions sur l’ideologie de l’intérêt général”, in **Varitions autour de l’idéologie de l’intérêt général**

Kapitalizmin gelişmesiyle ortaya çıkan modern devletlerin oluşum sürecinde, devlet ve kamusal kavramının yaşadığı dönüşüm ile hukukçuların bunu açıklama çabaları da yukarıda açıklamaya çalıştığımız “ikiliği” yansıtmaktadır. Tek bir kişinin iktidarı kendinde cisimleştirdiği bir anlayıştan, genel ve soyut bir kamusal iktidara iktidarı kullandığı devlet anlayışına geçilmiştir. Hükümdarda cisimleşen iktidar, devletin tüm örgütüne yayılmış, kişilik dışı ve soyut olarak bulunan kamusal iktidara dönüşmüştür. İkinci temel dönüşüm ise, bu kamusal iktidarın işlevlerinin, kapitalizmin gelişimiyle, salt düzen sağlama hizmetinden, diğer toplumsal ihtiyaçlara genişlemesidir. Bu genişlemeden sonra, kamusal iktidarı, sadece toplumsal düzeni sağlamak için kullandığı “kamu gücü” ile açıklamak mümkün değildir. Devlet kavramını ve faaliyetlerini kamu gücü etrafında kurulan kavram ve kategorilerle açıklama yeterli olmamış, devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin hukuki yönünün açıklanması ihtiyacı kendini dayatmıştır. Devletin, hukuki yönünün “kamu

Volume 1, PUF, 1978, s.11-45; Chevallier, “Les fondements ideologiques du droit administratif français”, s.3-57; Pisier ise özellikle Duguit’in kamu hizmetleri anlayışı üzerinde çalışmış bunun çelişik niteliğine vurgu yapmıştır. Buna göre, Duguit tarafından devlet iktidarını sınırlamak için kullanıldığı iddia edilen kamu hizmeti anlayışı, devlet iktidarının derinleşmesinde ve keyfiliğinin meşrulaştırılmasında kullanılmıştır. Pisier-Kouchner, **Le service public dans la théorie de l’État de Léon Duguit, passim**; Evelyne Pisier, “Service public et libertés publiques”, s.143-154; Benzer eleştiriler için ayrıca bkz. Nicole et André-Jean Arnaud, “Une doctrine de l’état tranquillisante: le solidarisme juridique”, **Archives de philosophie du droit**, 1976, s.131-151; Lucien Nizard, “A propos de la notion de service public: mythes étatiques et représentations sociales”, **Mélanges Eisenman**, 1974, s.91-98

Benzer bir tartışma, 1970’lerde ülkemizde de yaşanmıştır. Kıyılardan yararlanma konusunda, mevzuatta yer alan “kamu yararı” ve “toplum yararı” koşullarının neyi ifade ettiğine ilişkin tartışmalarda, bu kavramların sınıfsal nitelik taşıdığı, sınıflar üstü bir yoruma elverişli olmadığı vurgulanmıştır. Örneğin bkz. Ümit Doğanay, “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları”, **Mimarlık**, sy.129, 1974/7, s.5-6.

1970’lerdeki bu eleştiriler kamu hizmetleri alanlarının terk edilmesi sonucuna varmıyor; nihai olarak demokratikleşmeyi hedef ediniyordu. Ancak bu köklü eleştiriler, özellikle 1980’lerde kamu hizmetinin “liberal” eleştirisi için kullanıldı. Solun farklı amaçlarla geliştirdiği köklü eleştiriler, devletin kamu hizmeti alanlarını tasfiye etmesi gerektiğini savunan liberal yaklaşımlar için güçlü malzemeler sağladılar. Örneğin bkz. Michel Hastings, “Les constellations imaginaires du service public”, in **Service public et lien social**, Paris, L’Harmattan, 1999, s.33-52; François-Xavier Merrien, “Les figures de l’État-providence, l’État-providence entre marché et service public”, in **Service public et lien social**, Paris, L’Harmattan, 1999, s.143-165

hizmetleri” ile açıklanması, devletin, kamusallaşabilmesi için bir olanak da yaratmıştır. Devlet, nihai olarak kapitalizmin ihtiyaçları doğrultusunda, kamu hizmeti alanları yaratmış olsa da bu onu geniş toplum kesimlerinin taleplerine açık hale gelmek zorunda bırakmıştır. Ancak yaratılan olanağın kullanılıp kullanılmadığı ayrı bir sorundur ve kamusallık yönüne atıf yapmanın devlet için her türlü faaliyetini meşrulaştırmakta kullanılan sağlam bir araç olması da bu sorunu derinleştirmektedir.

Günümüzde kamu hizmeti bir “daralma krizi” yaşamaktadır. Kamu hizmeti iki kriz yaşamıştır. İlki bir “genişleme krizi”dir. Devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği alanların hızla genişlemesi sonucu, esas olarak idarenin düzen sağlama işlevi üzerine inşa edilmiş olan idare hukukunun klasik ilkelerinin açıklayıcılık gücünü yitirmesi ve idare hukukuna yeni kavramların girmesiyle belirginleşen bu krizi, yüzyıl başı ile II.Dünya Savaşı arasındaki döneme tarihleyebiliriz.

İkinci kriz ise, bir “daralma krizi”dir. Yetmişlerin sonlarında başlayan, devletin üstlendiği kamu hizmeti alanlarına yönelik daraltma ve yeniden yapılanma arayışlarının sonucu, kamu hizmeti kavramı üzerine inşa edilen modern idare hukukunun görece dengesi bozulmuş, idare hukuku, bugüne kadar varlık nedeni olarak kabul ettiği kamu hizmetlerindeki hızlı daralma ve yeniden yapılanmayı açıklayamaz hale gelmiştir. Hala yaşamakta olduğumuz bu durum bir “daralma krizi”dir. İlk krizde olduğu gibi ortaya, belki de esas olarak devletin düzen sağlama işleviyle sınırlanmış bunun dışındaki konularını, büyük oranda terk etmiş yeni bir idare hukuku çıkacaktır.

KAYNAKÇA

- Âdil, Musliheddin, **Mukayeseli Hukuku İdare**, İstanbul, Güneş Matbaası, 1933
- Akalın, Güneri, **Kamu Ekonomisi**, 2.B., Ankara, AÜSBF Yayınları no. 554, 1986
- Akıllıoğlu, Tekin, “Hukuku İdare’ Üzerine”, **AİD.**, c.16, sy.2, s.56-69
- Akşin, Sina, (Ed.), **Türkiye Tarihi 3, Osmanlı Devleti 1600 -1908**, 4.B., İstanbul, Cem Yayınevi, 1985
- Amselek, Paul, “Le service public et la puissance publique, Réflexions autour d’une étude recente”, **AJDA**, 1968, s.492-514
- Arkan, Sabih, **Ticarî İşletme Hukuku**, 3.B., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997
- Arnaud, Nicole et André-Jean, “Une doctrine de l’état tranquillisante: le solidarisme juridique”, **Archives de philosophie du droit**, 1976, s.131-151
- Auby, Jean-François, **La délégation de service public**, Paris, Dalloz, 1997
- Auby, Jean-François, **Les service publics en Europe**, Paris, PUF, 1998
- Auby, J-M. - Ducaos-Ader, R., **Grands services publics et entreprises national**, PUF, Paris, 1969
- Austin, Rodney, “Administrative Law’s Reaction to the Changing Concepts of Public Service”, **Administrative Law Facing the Future, Old Constraints&New Horizons**, Ed.Peter Leyland, Terry Woods, London, Blackstone Presse, 1998, s.1-32
- Austin, Rodney, “Le concept de service public en droit Britannique”, **Vers un service public européen**, Paris, ASPE Euro Editions, 1996, s. 133-162
- Azrak, Ülkü, “Yargı ve İdare, İki fonksiyonun karşılaştırılması üzerine bir teorik deneme”, **İHFM**, c.34, 1969, s.129-155
- Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku Ders Notları II**, tarihsiz
- Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, Ankara, TODAİE, 1970
- Barbier, Christian, “L’usager est-il devenu le client du service public?”, **La Semaine Juridique**, sy.3/3816, 1993, s.31-35

Bazex, Michel, “L’appréhension des services publics par le droit communautaire”, **RFDA**, mars-avril, 1995, s. 295-303

Bazex, Michel, “Le concept de service public en droit national français”, in **Vers un service public européen**, Paris, Aspe Europe Edition, 1996, s. 117-132

Belediyeler ve Gelirleri ile İlgili Danıştay Kararları, c.1, Ankara, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü, 1997

Bell, John, “L’expérience britannique”, **AJDA**, özel sayı, 1997, s.130-135

Bell, John, “The Concept of Public Service under Threat from Europe? An Illustration from Energy Law”, **European Public Law**, c.5, sy.2, 1999, s.189-198

Belloubet-Frier, Nicole, “Service public et droit communautaire”, **AJDA**, 1994, s.275-277

Belorgey, Jean-Michel, “Vous avez dit ‘gestion publique’”, **RA**, sayı 302, 1998, s.9-15

Bilgen, Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, **İHİD**, Mart 1980, s.113-116

Bilgen, Pertev, “Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme”, **AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, cilt 3, sy.5, Aralık 1995, s.12-16

Bilgen, Pertev, “Yap İşlet Devret Sözleşmeleri Hakkında”, **Kamu Hukuku Bülteni**, sy.3, Mart 1990, s.1

Bilgen, Pertev, **İdare Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996

Bizeau, Jean-Pierre, “Usager ou clients du service public? Le discours de l’administration”, **RA**, sy.296, 1997, s. 209-212

Blanquer, Jean-Michel, “Léon Duguit et le lien social”, in **Service public et lien social**, Paris, L’Harmattan, 1999

Bonnard, Roger, “Notions générales sur les attributions et les fonctions de l’État et sur les services publics”, **RDP**, 1925, s. 5-63

Bonnard, Roger, **Précis de Droit Administratif Partie Général**, Recueil Sirey, Paris, 1935

Boratav, Korkut - Türkcan, Ergun, **Türkiye’de Sanayileşmenin Yeni Boyutları ve KİT’ler**, 3.B., İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1994

Boratav, Korkut et al., **KİT Sisteminin İktisadi Değerlendirilmesi, Nicel İrdeleme, Özelleştirme Sorunları ve Politika Seçenekleri**, Ankara, KİGEM, 1997

Boratav, Korkut, “Küreselleşme ve Dünya Ekonomisi”, **Cumhuriyetin 75.Yılında Kamu Hizmeti, Kamu Mülkiyeti**, Ankara, KİGEM, 1998, s.39-43

Boratav, Korkut, **Türkiye İktisat Tarihi, 1908-1985**, 1.B., İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1988

Bourdieu, Pierre, **Contre-Feux, Propos pour servir à la resistance contre l’invasion néo-libéral**, Paris, Raison d’Agir, 1998

Braibant, Guy - Stirn, Bernard, **Le droit administratif français**, Paris, Presse de sciences po et Dalloz, 1999

Bulutoğlu, Kenan, “Anayasanın İşlevi ve Temel Kamu Hizmetleri”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar Semineri**, İstanbul, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, 1982, s.363-387

Bulutoğlu, Kenan, **Kamu Ekonomisine Giriş, Devletin Ekonomik Bir Kuramı**, 5.B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997

Can, Cahit, **Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon**, Basılı olmayan doçentlik tezi, Ankara 1982

Carbajo, Joël, “Remarques sur l’intérêt général et l’égalité des usagers devant le service public”, **AJDA**, 1981, s. 176-181

Carbajo, Joël, **Droit des services publics**, 3.B., Paris, Dalloz, 1997

Cartelier, Lysiane, “Les services publics européens, la concurrence et l’intérêt général”, **Mélanges C. Champaud**, Paris, Dalloz, 1997, s. 149-157

Castells, Manuel, **Kent, Sınıf, İktidar**, 1.B., Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları, 1997

Chapus, René, “Le service public et la puissance publique”, **RDP**, 1968, s. 235-282

Chapus, René, **Droit Administratif Général, c.1**, 13.B., Paris, Montchrestien, 1999

Chapus, René, **Droit administratif general, c. II**, Paris, Montchrestien, 1996

Chenot, Bernard, “La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d’État”, **EDCE**, 1950, s. 77-83

Chevallier, Jacques - Loschak, Danièle, “Rationalité juridique et rationalité managériale dans l’administration française”, **RFAP**, sy.24, 1982, s.52-94

Chevallier, Jacques - Loschak, Danièle, **Science Administrative c.1**, Paris, LGDJ, 1978

Chevallier, Jacques, **Le service public**, 1.B., Paris, PUF, 1971

Chevallier, Jacques, “L’association au service public”, **JCP**, 1974, I/2667

Chevallier, Jacques, “Le droit administratif, droit de privilège”, **Pouvoirs**, sayı 46, 1988, s. 57-70

Chevallier, Jacques, “L’intérêt général dans l’Administration française”, **RISA**, sayı 4, 1975, s.336-7

Chevallier, Jacques, “Réflexions sur l’ideologie de l’intérêt général”, **in Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général Volume 1**, PUF, 1978, s.11-45

Chevallier, Jacques, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, **in Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général Volume 2**, PUF, 1979, s. 3-57

Conseil d’État, “Service public, services publics: déclin ou renouveau”, (Fransız Devlet Şurası’nın 1994 Yıllık Raporu), **EDCE**, sayı 46, 1994

Corail, Jean-Louis de, “L’approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites”, **AJDA**, 1997, özel sayı, s. 20-28

Corail, Jean-Louis de, “Une question fondamentale: la doctrine du service public, de la définition et de la nature du droit administratif et de la compétence du juge administratif”, **RA**, özel sayı, 1997, s. 24-35

Corail, Jean-Louis de, **La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français**, Paris, LGDJ, 1954

Craig, P.P., **Administrative Law**, 3.B, London, Sweet & Maxwell, 1994

Crozat, Charles, **Âmme Hizmeti Mefhumu**, Ankara, Hukuk İlmi Yayma Konferanslar Serisi 32, 1938

Crozat, Charles, **Fransız Devlet Şurasının Son İctihat Temayülleri**, Ankara, Hukuk İlmi Yayma Kurumu Sayı 16, 1937

Çankaya, Ali, **Mülkiye Tarihi**, cilt II, Ankara 1968

David, René - Brierly, John E.C., **Major Legal Systems in the World Today An Inroduction to the Com parative Study of Law**, London, Stevens&Sons, 1985

Degoffe, Michel, “A propos du service public virtuel”, **CJEG**, Décembre 1993, s. 535-550

Delvolvé, Pierre, “Service public et libertés publiques”, **RFDA**, 1985., s.1-11

Delvolvé, Pierre, **et al., La concession de service public face au droit communautaire**, Paris, Sirey, 1992

Demichel, André, **Grandes services publics et entreprises national** , Paris, Dalloz, 1974

Demichel, André, **Le droit administratif** , Paris, LGDJ, 1978

Derbil, Süheyp, “Kamu Hizmeti Nedir?”, **AÜHF**, c.VII, sy.3-4, 1950, s.28-36

Derbil, Süheyp, **İdare Hukuku c.II**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1952

Derbil, Süheyp, **İdare Hukuku** , Ankara, AÜHF Yayınları, 1959

Dixon, Keith, **Les évangélistes du marché, Les intellectuels britanniques et le néo-libéralisme**, Paris, Raison d’Agir, 1998

Dixon, Keith, **Un digne héritier, Blair et le thatchérisme**, Paris, Raison d’Agir, 2000

Doğanay, Ümit, “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları”, **Mimarlık**, sy.129, 1974/7, s.5-6

Duguit, Leon, “De la situation des particuliers à l’égard des services publics”, **RDP**, 1907, s. 411-439

Duguit, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, Çeviren Süheyp Derbil, Ankara, AÜHF Yayınları, 1954

Duguit, Leon, **Manuel de droit constitutionnel**, 4.B., Paris, 1923

Dumez, H., - Jeunemaitre, A., “Quels modèles de régulation pour les services publics”, in **L’idée de service public est-elle encore soutenable**, Paris, PUF,1999, s.63-80

Dunleavy, Patrick - O’leary, Brendan, **Theories of the State, The Politics of Liberal Democracy**, 2.B., London, Macmillan, 1987

Dupie, Agnès, “Le principe de continuité des services publics”, **Sur les services publics**, Paris, Economica, 1982, s. 39-54

Duprat, Jean-Pierre, “La notion d’usager réflexions sur trois visages d’un partenaire: l’administré, l’usager et le client”, **Les administrations économiques et financières et leurs usagers**, Paris, Ministère de l’économie et des Finances, 1997, s. 17-45

Duran, Lûtfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İÜ Yayınları no 2956, 1982

Duran, Lûtfi, “Bunalım Kararnameleri”, **AÜSBFD**, c.50, sy.3-4, 1995, s.141-159

Duran, Lûtfi, “Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, **AİD**, c.20, sy.1, Mart 1987, s.9

Duran, Lûtfi, “Yap-İşlet-Devret”, **AÜSBFD Muâmmar Aksoy Armağanı**, 1991, s.147-170

Engels, Friedrich, **Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu** (Çev. Sevim Belli), 3.B., Ankara, Sol Yayınları, 1992

Eroğul, Cem, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM’ce Onaylanması Sorunu”, **AÜSBFD**, c.54. sy.4, s.31-47

Eroğul, Cem, “Devleti Doğru Algılamak”, **Dünya’da ve Türkiye’de Kamu Girişimciliğinin Geçmişi Bugünü ve Geleceği c.1**, İstanbul, TMMOB-EMO, 1998, s.18-22

Eroğul, Cem, **Devlet Nedir?**, 1.B., Ankara, İmge Kitabevi, 1990

Esplugas, Pierre, “La constitutionnalisation du service public: un tigre de papier?”, **RA**, sy.290, s.162

Esplugas, Pierre, **Conseil Constitutionnel et service public**, Paris, LGDJ, 1994

Esplugas, Pierre, **Le service public**, Paris, Dalloz, 1998

Espuglas, Pierre, “A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996, Les telecommunications: un nouveau service public constitutionnel”, **RA**, sy.293, 1996

Favoreu, Louis - Philip, Loïc, **Les grandes décisions du Conseil constitutionnel**, Paris, Dalloz, 8.B., 1995

Février, François, “Le service public”, **Droit administratif et administration, les notices**, Paris, La documentation Française, 1998

Fialaire, Jacques, **Le droit des services publics locaux**, Paris, LGDJ, 1998

Francou, Jean-Paul, “Les services publics et le critère matériel en droit administratif français et en droit européen”, **RA**, sy.300, s.688-696

Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, Craig Calhoun (ed.), **Habermas and the Public Sphere**, Cambridge, MIT Press, 1992, s.109-142

Geoffroy, Jean-Baptiste, “Service public et prérogatives de puissance publique, Réflexions sur les déboires d’un couple célèbre”, **RDP**, 1987, s. 49-88

Girardot, Thierry-Xavier, “Le service public est-il menacé par la construction communautaire?”, **Cahiers de la Fonction Publique**, “La notion de service public dans le cadre européen” dosyası, sy.139, 1995, s.6-8

Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev, **İdare Hukuku c.III**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1979

Gough, Ian, **The Political Economy of the Welfare State**, London, Macmillan, 1980

Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut, **İdare Hukuku, Genel Esaslar, c.1**, 1.B., Ankara, Turhan Kitabevi, 1999

Grard, Loïc, “Synthèse de l’approche sectorielle”, **Vers un Service public européen**, Paris, ASPE Europe editions, 1996, s.555-570

Guglielmi, Gilles J., **Introduction au droit des services publics**, Paris, LGDJ, 1994

Güler, Birgül Ayman, **Yeni Sağ ve Devletin Değişimi, Yapısal Uyarlama Politikaları**, Ankara, TODAİE, 1996

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 2.B., Ankara, İmaj Yayıncılık, 1997

Halaçoğlu, Yusuf, **XIV-XV II. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilâtı ve Sosyal Yapı**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1991

Hardy, Jacques, “Le service public en question”, **Politiques et Management Public**, c.14., sy.3, 1996, s.45-66

Hastings, Michel, “ Les constellations imaginaires du service public”, in **Service public et lien social**, Paris, L’Harmattan, 1999, s.33-52

Hauriou, Maurice, **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**, 11.B., Paris, Recueil Sirey, 1927

Hegel, G.W.F., **Hukuk Felsefesinin Prensipleri (Çev. Cenap Karakaya)**, 1.B., İstanbul, Sosyal Yayınları, 1991

Herzog, Robert, “Le prix du service public”, **AJDA**, özel sayı, 1997, s. 55-68

<http://www.öib.gov.tr>, 6.4.2001

http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/jorf_nor.ow?numjo=FPPX9800029L

<http://www.antimai.org/blt/endustriBolg.htm>

<http://www.basin.saglik.gov.tr/DrSami.htm>

<http://www.diyanet.gov.tr/tanitim/dinhzmtleri.html>

http://www.europarl.eu.int/igc1996/fiches/fiche12_fr.htm

<http://www.qualite-publique.com/pages/outils/docs-sce-public/Doc-referen-Charte%20SP.html>

<http://www.yok.gov.tr>

Hubrecht, H.-G., “La construction européenne et la crise de la conception française du service public”, **Les administrations économiques et financières et leurs usagers**, Paris, Ministère de l'économie et des finances, 1996, s.51-69

İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I (1976), II (1978), III (1981), Ankara, Danıştay Yayınları

Jèze, Gaston, “Duguit'nin idare hukuku üzerindeki tesiri” (Çev. Hasan Şükrü Adal), **SİM.**, Siyasal Bilgileri 1935/52, s.28-37

Jèze, Gaston, “Entreprises privées industrielles ou commerciales soumises à un régime de service public”, **RDP**, 1948, s. 244-261

Jèze, Gaston, “Karar notu: CE, 11 Mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*”, **RDP**, 1910, s.270

Jèze, Gaston, **Les principes généraux d u droit administratif**, Paris, 1930

Jourdan, Philippe, “La formation du concept de service public”, **RDP**, 1987, s. 89-118

Kafaoğlu, Arslan Başer, **KİT Gerçeği ve Özelleştirme**, 2.B., İstanbul, Alan Yayıncılık, 1995

Kapani, Münici, **Politika Bilimine Giriş**, 6. B., Ankara, Bilgi Yayınevi, 1992

Karahanoğulları, Onur, “Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler”, **AÜHFD**, c.47, 1998, s.279-319

Karahanoğulları, Onur, “Güvenlik Soruşturması”, **AÜSBFD**, c.53, sy.1-4, 1998, s.159-185

Karahanoğulları, Onur, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, **AÜSBFD**, c.52, sy.1-4, 1997, s.387-435

Karahanoğulları, Onur, “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, Bir Öneri: Birlikte Yasama”, **AİD.**, c.31, sy.2, s.41-63

Karahanoğulları, Onur, **(Yapısal olarak) Kanun Hükmünde Kararname Demokratik İlkelerde Yıpratıcı Etkileri ve 1982 Anayasası Düzenlemesi**, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), 1996

Keleş, Ruşen, **Yerinden Yönetim ve Siyaset**, 4.B., Cem Yayınevi, İstanbul, 2000

Kepenek, Yakup, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, 2.B., İstanbul, Gerçek Yayınları, 1993

Kıratlı, Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara, TODAİE Yayınları, 1973

Koubi, Geneviève, “Le principe de neutralité des services publics un principe corollaire à la modernisation de l’État? (I)”, **RA**, 1992, s. 492-499

Koubi, Geneviève, “Le principe de neutralité des services publics un principe corollaire à la modernisation de l’État? (II)”, **RA**, 1993, s. 9-12

Köksal, Tunay, **Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Yöntemleri ve Uygulamaları**, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı, 1993

Kuruç, Bilsay, **Belgelerle Türkiye İktisat Politikası**, 1.cilt, Ankara, AÜSBF yayınları 569, Ankara 1988

Kutlu, Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No 75, 1997

L’Huillier, Jean, “A propos de la ‘crise’ de la notion de service public”, **Recueil Dalloz**, Chronique, 29. Cahier, 1955, s.122

Lachaume, Jean Françoise, **Grands services publics**, Paris, Masson, 1989

Ladie, Yan, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim”, **Hukuk Kurultayı**, 2000, c.1, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2000, s.482-490

Lajoie, Jean-Louis - Tomasi, Jean Paul, “Le principe de gratuité de l’enseignement public, Droits d’inscription et redevances universitaires”, **AJDA**, 1988, s. 499-519

Lamarque, Jean, “Le declin du critere de la clause exorbitante”, **Melanges M.Waline**, Paris, LGDJ, 1974, s. 497-518

Latournerie, Roger, “Sur un lazare juridique, bulletin de santé de la notion de service public, agonie? Convalescence? Ou jouvence?”, **EDCE**, 1961, s.708-720

Laubadère, André de, “Revalorisations récents de la notion de service public en droit administratif français”, **AJDA**, 1961, s.591-599

le Mestre, Renan, “Le régime juridique du service public en droit communautaire”, **Les Petites Affiches**, 2.8.1995, sy.92, s. 30-36

le Mire, Pierre, (ed.), **L’action administrative:II.Les activités de prestation**, Paris, La documentation Française, 1991

Lexique de l’utilité publique, Paris, Initiative pour des services d’utilite public en Europe (Bu belge için bkz. <http://www.isupe.com>)

Liet-Veaux, Georges, “La théorie du service public, crise ou mythe?”, **RA**, 1961, s. 256-264

Long – Weil – Braibant – Delvolvé - Genevois, **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)**, 12.B., Paris, Dalloz, 1999

Marchandau, Nathallie, “Charte des services publics: les usagers à l’honneur”, **RA**, sy.266, 1992, s.148

Martinand, Claude, “Le service public en France et en Europe, Un double effort de reconstruction indispensable”, **Revue des affaires européennes**, sayı 2, 1994, s. 80-88

Marx, Karl, “L’Idéologie allemande” in **Philosophie**, Paris, Folio/Essais, 1998

Mescheriakoff, Alain-Serge, “L’Arrêt du bac d’Eloka. Légende et réalité d’une gestion privée de la puissance publique”, **RDP**, 1988, s.1074

Mescheriakoff, Alain-Serge, **Droit des services publics**, 2.B., Paris, PUF, 1997

Merrien, François-Xavier, “Les figures de l’État-providence, l’État-providence entre marché et service public”, in **Service public et lien social**, Paris, L’Harmattan, 1999, s.143-165

Moderne, Franck, “Le concept de service public à l’épreuve du marché unique européen”, **Mélanges J.Mas**, Paris, Economica, 1996, s.239-252

Moderne, Franck, “Les mutations des services publics en droit français”, **Service public et Communauté européenne: entre l’intérêt général et le marché**, cilt I, Paris, La documentation Française, 1998, s.21

Morand-Deville, Jacqueline, **Cours de Droit Administratif**, 6.B., Paris, Montchrestien, 1999

Moranges, Georges, “Le déclin de la notion juridique de service public”, **Recueil Dalloz**, Chronique, 1947, s. 45-48

Nizard, L., “A propos de la notion de service public: un juge qui veut gouverner”, **Recueil Dalloz**, Chronique, 25. Cahier, 1964, s. 148-154

Nizard, Lucien, “A propos de la notion de service public: mythes étatiques et représentations sociales”, **Mélanges Eisenman**, 1974, s.91-98

OECD-PUMA, **Ministerial Symposium on the Future of Public Services**, Paris, OECD, 1996

Onar, Sıddık Sami, “İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye’nin İdarî ve Hukukî Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu”, **Tahir Taner’e Armağan**, İstanbul, 1956, s.263-299

Onar, Sıddık Sami, “Türkiye’de İktisadi Devlet Teşekküllerini Doğuran Âmiller, Bu Teşekküllerin ve İdarî Yapılarının ve Şekillerinin Tahlil ve Tenkidi”, **Milletlerarası IX.İdarî İlimler Kongresi Raporlar**, İstanbul, İÜHF İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü, 1953, s.5-48

Onar, Sıddık Sami, **Devletçilik ve İdare Hukuku**, Ankara, Hukuk İlmi Yayma Konferanslar Serisi 14, 1937

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukuku (Ders Notları) 1935**, İstanbul, İ.Ü.Talebesi Cemiyeti Neşriyatı, 1935,

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukuku, I inci cilt, I.Kısım, Umumî Medhal**, 1938

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1966

Onar, Sıddık Sami, **Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları**, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi 3, 1936

Ortaylı, İlber, **Türkiye İdare Tarihi**, Ankara, TODAİE Yayınları, 1979

Osten, Necmi, **İdarî Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti**, İstanbul, 1938

Ozansoy, Cüneyt, “Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayınları, 2000, s.33-36

Ozansoy, Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, **AÜHFD**, c.46, sy.1-4, 1997, s.85-100

Önder, İzzettin, “Devletçilik”, **Dünya’da ve Türkiye’de Kamu Girişimciliğinin Geçmiş Bugünü ve Geleceği c.1**, İstanbul, TMMOB-EMO, 1998, s. 210-222

Önder, İzzettin, “Özelleştirmeye Genel Yaklaşım”, **Dünya’da ve Türkiye’de Özelleştirme**, ed. Ergin Arioğlu, Ankara, Türkiye Maden İşçileri Sendikası, 1994, s.45

Örücü, Esin, “Sosyal Kamu Hizmeti”, **İÜHFM**, c.XXXVI, sy.1-4, 1970, s.212-232

Özay, İl Han, “Ortak Yararlı İşletme ya da Nam-ı Diğer ‘Müşterek Emanet’”, **İÜHFM**, c.LIV, 1991-1994, s.55-70

Özay, İl Han, “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmetleri Anlayışı: ‘Çok Yaşa’ ya da ‘A tes Amour’”, **İHFM**, C. LVI, sy.1-4, 1998, s.293-295

Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa, 1996

Özkan, Mustafa Şeref, **İdare Hukuku Ders Notları 1935**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı 5, 1935

Parker, David, (ed.), **Privatisation in the European Union, Theory and Policy Perspectives**, London, Routledge, 1998

Pasukanis, E., **La théorie général du droit et le Marxisme**, Paris, EDI, 1970

Pisier, Evelyne, “Service public et libertés publiques”, **Pouvoirs**, sy. 36, 1986, s.143-154

Pisier-Kouchner, Evelyne, **Le service public dans la théorie de l’État de Léon Duguit**, Paris, LGDJ, 1972

Polatkan, Vahit, “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri”, **İNTES**, sy.50, Kasım-Aralık 1998, s.12-14

Pontier, Jean-Marie, “Sur la conception française du service public”, **Recueil Dalloz, Chronique**, 2.Cahier, 1996, s.9-14

Pontier, Jean-Marie, **Les services publics**, Paris, Hachette, 1996

Premfors, Rune, “Reshaping the Democratic State: Swedish Experiences in a Comparative Perspective”, **Public Administration**, sy.76, 1998, s.141-159

Rainaud, Jean-Marie, **La crise du service public français**, 1.B., Paris, PUF, 1999

Regourd, Serge, “Le service public et la doctrine, pour un plaidoyer dans le procès en cours”, **RDP**, 1987, s.5-48

Rhodes, Rod, “The Hollowing Out of the State: The Changing Nature of the Public Service in Britain”, **The Political Quarterly**, c. 65, sy.2, 1994, s.138-151

Richer, Laurent, “Remarques sur les entreprises privée de service public”, **AJDA**, özel sayı , 1997, s. 103-114

Rivero, Jean, “Existe-t-il un critère du droit administratif”, **Revue du droit public**, 1953, s. 279-296

Rivero, Jean, “Hauriou et l’avènement de la notion de service public”, **Mélange Mestre**, Sirey, 1956, s. 461-471

Rivero, Jean, “Les deux finalités du service public industriel et commercial”, **CJEG**, Juin 1994, s. 375-378

Rodrigues, Stéphane, “Prospective du service public en Europe: Le marché intérieur, entre concurrence et utilité publique”, **Revue des affaires européennes**, sayı 2, 1994, s.65-79

Rolland, Louis, **Précis de Droit Administratif**, Paris, Dalloz, 1930

Rolland, Louis, **Précis de Droit Administratif**, Paris, Dalloz, 1937

Rolland, Louis, **Précis de Droit Administratif**, Paris, Dalloz, 1957

Rolland, Louis, **Hukuku İdare (Terceme Eden İbrahim Âli)**, İstanbul 1933

Rossillion, Claude, “Les ‘entreprises publique’ et la notion de service public industriel ou commercial”, **AJDA**, 1956, s. 41-50

Sabiani, François, “L’habilitation des personnes privées à gérer un service public”, **AJDA**, 1977, s.4-25

Savaş, Vural Fuat, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme, İktisadi Yaklaşım”, **Anayasa Yargısı**, sy.15, Ankara, 1998, s.79-99

Savaş, Vural Fuat, “İktisat Politikası Anayasası”, **Anayasa Yargısı**, sy. 5, Ankara, 1989, s.75-101

Savaş, Vural Fuat, “Politik Yozlaşma Ortamında Refah Devleti’nden Minimal Devlet’e”, **Türkiye Günlüğü**, sy.30, Eylül-Ekim, 1994, s.10-20

Savran, Gülnur, **Sivil Toplum ve Ötesi, Rousseau, Hegel, Marx**, 1.B., İstanbul, Alan Yayıncılık, 1987

Savran, Sungur, “Devlet mülkiyeti: Toplumsal mülkiyete giden yol. ‘Yeni bir kamusal alan’ tarifinin imkansızlığı”, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu Girişimciliğinin Geçmişi Bugünü ve Geleceği c.1**, İstanbul, TMMOB-EMO, 1998, s.38-54

Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, "Kamu Yönetiminin İyileştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Özel İhtisas Komisyonu", Ankara, 2000

Simon, Denys, “Les mutations des services publics du faits des contraintes du droit communautaire”, **Service public et Communauté européenne: entre l’intérêt général et le marché**, cilt I, Paris, La documentation Française, 1998, s.65-98

Sönmez, Mustafa, **1980’lerden 1990’lara Dış Açılan Türkiye Kapitalizmi**, 1.B., İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1992

Sönmez, Sinan, “Kriz, Devlet Müdahalesi ve Özelleştirme”, **Dünya’da ve Türkiye’de Özelleştirme Semp ozyumu**, Ankara, ODTÜ, 1990, s.53-62

Sönmez, Sinan, **Kamu Ekonomisi Teorisi, Kamu Harcamalarında Etkinlik Arayışı**, 1.B., Ankara, Teori Yayınları, 1987

Stoffaes, Christian, “La régulation des réseaux aux Etats-Unis, Enseignements pour l’Europe”, **Revue des affaires européennes**, sayı 2, 1994, s.123-138

Strin, Bernard, “La conception française du service public”, **CJEG**, Haziran 1993, s.299-305

Supiot, Alain, “La crise de l’esprit de service public”, **Droit social**, sy.12, Ekim 1989, s.777-783

Supoit, Alain, “Les virtualités du droit communautaire: l’avenir des métiers de services publics”, **CJEG**, Haziran 1994, s.379-387

Syrett, Keith, “İngiltere’de Özelleştirme: Siyasal ve Hukuksal Temelleri” (Çev. Bülent Duru), **AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesinde 15 Mayıs 2000 tarihinde verilen Konferans**

Şeni, Nora, **Emperyalist Sistemde “Kontrol Sanayii” ve Ereğli Demir -Çelik**, İstanbul, Birikim Yayınları Yerli Araştırmalar Dizisi, 1978

Tan, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, **Anayasa Yargısı**, sy.8, 1991, s.233-259

Tan, Turgut, “Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku,” **AİD**, c.5, sy. 1, 1972, s.28

Tan, Turgut, “İdare Hukuku ve Tahkim”, **AİD.**, c.32, sy.3, 1999, s.3-23

Tan, Turgut, “İdarede Yeni Ussallık Arayışları ve Hukuk”, **Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu, c.II**, Ankara, TODAİE Yayınları, 1995, s.175

Tan, Turgut, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBFD**, c.50, sy. 3-4, 1995, s.291-309

Tan, Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, **AÜSBFD**, c.47, sy.3-4, 1992, s.307-325

Tan, Turgut, “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s.329-335

Tan, Turgut, “Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine”, **TİD**, sy.378, 1988, s.73-90

Tan, Turgut, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, c.22, sy.2, 1967, s.285-326

Tan, Turgut, “Özelleştirme”, **İHİD.**, sy.1-3, 1988, s.271-297

Tan, Turgut, “Rekabet Hukukunun Uygulanma Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)”, **Rekabet Dergisi**, c.1, sy.4, 2000, s.3-42

Tanyeri, Salih, “Türk ve Fransız İdare Hukukunda Âmme Hizmeti Mefhumu”, **TİD.**, sy.50, 1958, s.59-80

Timur, Taner, **Toplumsal Değişme ve Üniversiteler**, 1.B., İmge Kitabevi, Ankara, 2000

TODAİE, **TC Devlet Teşkilat Rehberi**, Ankara, TODAİE Yayınları, 2000

Truchet, Didier, “Fusionner les juridictions administrative et judiciaire”, **Mélanges J.M. Auby**, Paris, Dalloz, 1992, s.335-345

Truchet, Didier, “Label de service public et statut de service public”, **AJDA**, 1982, s. 427-440

Truchet, Didier, “Unité et diversité des ‘grands principes’ du service public”, **AJDA**, özel sayı, 1997, s. 38-46

Tunaya, Tarık Zafer, “Duguit Bakımından Âmme Hizmeti”, **Yurd**, 1940/I, s.15-17

Turgut, Nükhet, “Sürdürülebilir Kalkınmanın Sağlanmasında Katılımın Rolü”, **AÜSBFD**, c.52, sy.1-4, 1997, s.710

Türel, Oktar, “KİT Sisteminin Çöküşü”, **Cumhuriyetin 75. Yılında Kamu Hizmeti, Kamu Mülkiyeti**, Ankara, KİGEM, 1998, s.44

Türk-İş Araştırma Merkezi, **KİT’ler ve Özelleştirme: İddialar ve Gerçekler**, Ankara, 1999, s.14

Türk-İş, **1997 Yılı, 96’dan 97’ye Değişim Dinamikleri**, Ankara, Türk-İş, 1997

Uler, Yıldırım, “Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler”, **AÜHFD**, c.22-23, sy.1-4, 1965-6, s.214

Uluatam, Özhan, **Kamu Maliyesi**, 5.B., Ankara, İmaj Yayıncılık, 1997

Üçok, Coşkun - Mumcu, Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, 6.B., Ankara, Savaş Yayınları, 1987

Valette, Jean-Paul, **Le service public à la française**, Paris, Ellipses, 2000

Varin, Katherine, “Les services publics au Royaume-Uni”, **Un service publics pour les Européens? Diversité des traditions et espaces de convergence**, Ministère de l’Équipement, des transports et du logement, Paris, La documentation Française, 1997, s. 185-209

Vedel, Georges, **Droit Administratif**, 2.B., Paris, PUF, 1961

Vedel, Georges, **Droit Administratif**, 5.B., Paris, PUF, 1973

Venezia, Jean-Claude, “Gaston Jèze et le service public”, **Revue d’histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique**, sy 12, 1991, s. 93-103

Venezia, Jean-Claude, “Puissance publique, puissance privée”, **Melanges Eisenman**, Cujas, 1974, s. 363-378

Vlachos, Georges, “Fondements et fonction de la notion de service public”, **Recueil Dalloz**, Chronique XLV, 1978, s. 257-262

Wacquant, Loïc, **Les prisons de la misère**, Paris, Raison d'Agir, 1999.

Waline, Marcel, "Bibliographie: 'Latournerie, Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public'", **RDP**, 1961, s. 708-720

Wallerstein, Immanuel, **Tarihsel Kapitalizm**, 2.B., İstanbul, Metis, 1996

Wallerstein, Immanuel, **Bildiğimiz Dünyanın Sonu, Yirmi Birinci Yüzyıl İçin Sosyal Bilim**, 1.B., İstanbul, Metis Yayınları, 2000

Weber, Max, **Sosyoloji Yazıları (çev. Taha Parla)**, 2.B., İstanbul, İletişim Yayınları, 1998

Willemin, Monique - Pothet, Jean-Luc, "La gratuité du service public à l'égard de ses usagers", **Sur les services publics**, ed. Marie-José Guédon, Paris, Economica, 1992, s. 15-37

Yaşamiş, Firuz Demir, "Kamu Yönetimi Kuramında ve Uygulamasında Yeni Gelişmeler: 'Administration'dan 'Management'a", **21.YY'da Nasıl Bir Kamu Yönetimi Sempozyumu**, Ankara, TODAİE, 1997, s.2

Yavuz, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta, 1996

Yayla, Yıldızhan, "Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu)", **Hukuk Araştırmaları**, Ocak-Nisan 1988, s.33-37

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990

Yenice, Kâzım – Esin, Yüksel, **Açıklamalı, İctihatlı, Notlu, İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983

Yıldızoğlu, Ergin, "Özelleştirmenin Kamu Yaşamı Üzerine Etkileri ve Sendikalar Konferansı Sunuşu", Türk Harb-İş Sendikası, **Özelleştirmenin Kamu Yaşamı Üzerine Etkileri ve Sendikalar**, Ankara, Harb-İş, 1996, s.76-82

Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, Danıştay Matbaası, 1986

Zabunoğlu, Yahya, "Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", **Hukuk Kurultayı, 2000, c.1**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2000, s.491-496

Zürcher, Erik Jan, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, 9.B., İstanbul, İletişim Yayınları, 2000

ANAYASA MAHKEMESİ ve UYUŞMAZLIK MAHK EMESİ KARARLARI

AM., E.1963/126, K.1965/7, k.t.16.2.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s.163/1, **AMKD**, sy.3, s.27

AM., E.1963/198, K.1965/1, k.t.5.1.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s.75/3-b, **AMKD**, sy.3, s.3

AM., E.1965/2, K.1965/24, k.t.5.4.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.1**, s.44/8, **AMKD**, sy.3, s.133

AM., E.1965/25, K.1965/57, k.t.26.10.1965, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s.94/2, **AMKD**, sy.3, s.268

AM., E.1967/14, K.1967/36, k.t.14.11.1967, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.1**, s.45/16, **R.G.** 29.4.1968

AM., E.1967/41, K.1969/57, k.t.23-25.10.1969, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s.71/12-a, **AMKD**, sy.8, s.18

AM., E.1969/31, K.1971/3, k.t.12.1.1971, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 83/1, **AMKD**, sy.9, s.134-139

AM., E.1970/11, K.1970/36, k.t.23.6.1970, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s.150/2, **AMKD**, sy.8, s.412

AM., E.1972/19, K.1972/47, k.t.5.10.1972, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s.145/3, **AMKD**, sy.10, s.520

AM., E.1973/21, K.1973/36, k.t. 4.12.1973, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.1**, s.45/55, **AMKD**, sy.11, s.288

AM., E.1973/32, K.1974/11, k.t.26.3.1974, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s.94/13, **AMKD**, sy.12, s.111

AM., E.1973/38, K.1975/23, k.t.11,14,25.2.1975, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 94/15; **AMKD**, sy.13, s.214

AM., E.1979/1, K.1979/30, k.t.21.6.1979, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 72/1, **AMKD**, sy.17, s.216

AM., E.1979/5, K.1979/29, k.t.19.6.1979, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.2**, s. 75/10, **AMKD**, sy.17, s.202

AM., E.1981/13, K.1983/8, kt.28.4.1983, **AMKD**, sy.20, s.53

AM., E.1984/9, K.1985/4, k.t.26.6.1985, **AMKD**, sy.21, s.60

AM., E.1985/11, K.1986/29, k.t.11.12.1986, **AMKD**, sy.22, s.458, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/4-a

AM., E.1985/2, K.1985/2, k.t. 28.11.1985, **RG**, 21.1.1986, sy. 18995, s.42

AM., E.1985/20, K.1986/30, k.t.24.12.1986, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s.145/3

AM., E.1985/21, K.1986, k.t.6.10.1986, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 71/1

AM., E.1985/5, K.1985/23, k.t.10.12.1985, **Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/2, **AMKD**, sy.21, s.252

AM., E.1986/16, K.1986/25, k.t. 21.10.1986, **AMKD**, s.291

AM., E.1986/5, K.1987/7, k.t.19.3.1987, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/5-a; **AMKD**, sy 23, s.133

AM., E.1987/11, K.1988/2, k.t.21.1.1988, **AMKD**, sy.24, s.30, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/6

AM., E.1987/16, K.1988/8, k.t. 19.4.1988, **AMKD** sy. 24, s.109

AM., E.1987/18, K.1988/23, k.t.22.6.1988, **AMKD**, sy.24, s.345; **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/8-b

AM., E.1987/3, K.1987/13, k.t.22.5.1987, **AMKD**, sy.23, s.269

AM., E.1988/16, K.1988/8, k.t.19.4.1988, **AMKD**, sy.24, s.97

AM., E.1988/3, K.1989/4, k.t.18.1.1989, **AMKD**, sy.25, s.29

AM., E.1988/37, K.1989/36, k.t. 8.9.1989, **AMKD**, sy.25, s.360

AM., E.1988/4, K.1989/3, k.t. 12.1.1989, **AMKD**, sy.25, s.6

AM., E.1988/5, K.1988/55, k.t.22.12.1988, **AMKD**, sy.24, s.498

AM., E.1988/64, K.1990/2, k.t.1.2.1990, **AMKD**, sy.26, s.74, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/12

AM., E.1989/1, K.1989/12, k.t.7.3.1989, **AMKD**, s.133

AM., E.1989/28, K.1990/18, k.t.10.7.1990, **AMKD**, sy.29, s.16

AM., E.1990/4, K.1990/6, k.t.12.4.1990, **AMKD**, sy.26, s.131

AM., E.1990/12, K.1991/7, k.t.4.4.1991, **AMKD**, sy.27/1, s.212; **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 145/13-4, 5

AM., E.1990/15, K.1991/5, k.t.28.2.1991, **AMKD**, sy.27, c.1, s.172

AM., E.1990/36, K.1991/8, k.t.9.4.1991, **RG**, 31.7.1991, sy. 20947

AM., E.1990/4, K.1990/6, k.t.12.4.1990, **AMKD**, sy.26, s.134, **Anayasa Yargısı (Föyvolan) c.4**, s. 59/1

AM., E.1991/5, K.1992/9, k.t. 18.2.1992, **AMKD**, sy.28, c.1, s.150

AM., E.1992/13, K.1992/50, k.t.21.10.1992, **AMKD**, sy.29, s.173

AM., E.1992/44, K.1993/7, k.t.9.2.1993, **AMKD**, sy.29, s.275

AM., E.1993/9, K.1993/21, k.t.10.6.1993, **AMKD**, sy.29, s.307

AM., E.1994/43, K.1994/42-2, k.t.9.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.293

AM., E.1994/44, K.1994/56, k.t.18.7.1994, **AMKD**, sy.32, c.1, s.23

AM., E.1994/49, K.1994/45-2, k.t.7.7.1994, **AMKD**, sy.30, c.1, s.273

AM., E.1994/70, K.1994/65-2, k.t.22.12.1994, **AMKD**, sy.31, c.1, s.415

AM., E.1994/71, K.1994/23, k.t.28.6.1995, **AMKD**, sy.32, c.1, s.161

AM., E.1995/1, K.1995/42, k.t.14.9.1995, **AMKD**, sy.31, c.2, s.634

AM., E.1996/66, K.1997/7, k.t.31.1.1997, **AMKD**, sy.33, c.1, s.301

AM., E.1996/7, K.1996/11, k.t.18.4.1996, **AMKD**, sy.32, c.2, s.665

AM., E.1998/10, K.1998/18, k.t.20.5.1998, **AMKD**, sy.34, c.1, s.334

AM. E.2000/45, K.2000/27, k.t.5.10.2000, **RG.**, 28.10..2000, 24214

UM, E. 1946/5, K. 1946/1, k.t. 24.1.1941, **Düstur**, T.III, c.27, 1946, s.876-878

UM, E. 1946/7, K. 1946/2, k.t. 24.1.1941, **Düstur**, T.III, c.27, 1946, s.879-884

UM, E. 1946/8, K. 1946/3, k.t. 24.1.1941, **Düstur**, T.III, c.27, 1946, s.884-889

UM, E. 1949/7, K. 1949/10, k.t. 16.6.1949, **Düstur**, T.III, c.30, 1949, s.1512

UM, E.2000/25, K.2000/27, k.t.12.6.2000, **RG**. 27.7.2000, 24122, s.19

DANIŞTAY KARARLARI

D.1.D., E.1998/267, K.1998/481, k.t. 16.12.1998, **DD.**, sy.100, 1999, s.36

D.10. D., E.1991/1, K. 1993 /1752, k.t. 29.4.1993, **D.D.**, yıl 24, sy. 88, 1994, s. 463

D.8.D, E1985/211, K.1987/313, k.t.8.7.1987, **DD.**, sy.70-71, 1988, s.426

D1.D., E.1992/232, K.1992/294, 24.9.1992, **D.D.**, sy. 87, 1993, s. 33-40

D1.D., E.1995/49, K.1995/93, k.t. 26.4.1995

D1.D., E.1996/131, K.1996/242, k.t.19.6.1996, **DD.**, sy. 94, 1998, s.84

D1.D., E.1996/17, K.1996/185, k.t.24.9.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.19

D1.D., E.1996/51, K.1996/89, k.t.7.5.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.34

D1.D., E.1996/93, K.1997/200, k.t.2.5.1997, **DD.**, sy. 94, 1998, s.193

D1.D., E.1997/155, K.1997/178, k.t.19.12.1997, **DD.**, sy. 96, 1998, s.35

D2.D., E.1994/352, K.1995/1186, k.t.27.4.1995, **DD.**, sy. 91, 1996, s.62

D4.D., E.1996/2107, K.1996/5732, k.t.19.12.1996, **DD.**, sy. 96, 1998, s.170

D5.D., E.1995/1788, K.1997/2389, k.t.30.10.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.291

D5.D., E.1995/2320, K.1998/919, k.t.25.3.1998, **DD.**, sy. 97, 1999, s.317

D5.D., E.1995/4416, K.1996/1911, k.t.17.5.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.454

D5.D., E.1997/785, K.1997/1185, k.t.30.5.1997, **DD.**, sy. 94, 1998, s.359

D6.D., E.1986/310, K.1986/559, k.t.28.5.1986, **DD.**, sy. 64-65, s.220

D6.D., E.1996/5742, K.1997/4865, k.t.10.11.1997, **DD.**, sy. 96, 1998, s.269

D6.D., E.1997/3697, K.1998/2219, k.t.24.4.1998, **DD.**, sy. 98, 1999, s.335

D8.D., E. 1984 / 636, K.1984/1574

D8.D., E.1965/933, K.1966/44, k.t.11.1.1966, **Danıştay Kararları (1965, 1966, 1967)**, Ankara 1967, s.235

D8.D., E.1983/142, K.1983/2788, k.t.20.12.1983

D8.D., E.1983/207, K.1984/330, k.t.23.2.1984, **DD.**, sy.56-57, 1985, s.317

D8.D., E.1989/1174, K. 1989/1148, k.t.28.12.1989, **DD.**, sy.78-79, 1990, s.387

D8.D., E.1992/3333, K.1994/79, k.t.13.11.1994, **DD.**, sy. 90, 1996, s.914

D8.D., E.1994/661, K.1994/2608, k.t.17.10.1994, **DD.**, sy. 90, 1996, s.839

D8.D., E.1994/7528, K.1996/1096, k.t.11.4.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.599.

D8.D., E.1995/2383, K.1996/715, k.t.15.3.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.618

D8.D., E.1995/3706, K.1995/3622, k.t.14.11.1995, **DD.**, sy. 91, 1996, s.819

D8.D., E.1995/409, K.1996/1658, k.t.31.5.1996

D8.D., E.1995/4420, K.1997/1480, k.t.5.5.1997, **DD.**, sy. 94, 1998, s.539

D8.D., E.1995/5447, K.1998/1162, k.t.16.3.1998, **DD.**, sy. 97, 1999, s.651

D8.D., E.1996/1687, K.1997/3669, k.t.27.11.1997, **DD.**, sy. 96, 1998, s.388

D8.D., E.1996/245, K.1998/1106s, k.t.24.3.1998, **DD.**, sy. 97, 1999, s.556

D8.D., E.1996/3847, K.1997/2153, k.t.17.6.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.509

D8.D., E.1996/920, K.1998/1846, k.t.22.5.1998, **DD.**, sy. 98, 1999, s.460

D8.D., E.1997/185, K.1997/2229, k.t.23.6.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.538

D8.D., E.1988/11173, K.1989/652, k.t. 7.7.1989, **DD.**, sy.78-79, 1990, s.413

D9.D., E.1989/486, K.1990/3638, k.t.22.11.1990, **DD.**, sy.82-83, 1992, s.736

D9.D., E.1989/5038, K.1991/1194, k.t.2.4.1991, **DD.**,sy.82-83, 1992, s.741

D9.D., E.1996/6416, K.1997/3983, k.t. 9.12.1997, **DD.**, sy. 96, 1998

D10.D., E.1992/3614, K.1994/1901, k.t.28.4.1994, **DD.**, sy. 90, 1996, s.1076

D10.D., E.1995/3001, K.1997/2469, k.t.18.6.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.595

D10.D., E.1995/4326, K.1996/2769, k.t.21.5.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.771

D10.D., E.1996/2383, K.1997/4163, k.t.6.11.1997, **DD.**, sy. 96, 1998, s.630

D10.D., E.1996/9554, K.1998/1981, k.t.13.5.1998, **DD.**, sy. 98, 1999, s.584

D10.D., E.1997/160, K.1997/2583, k.t.25.6.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.643

D10D., E.1995/1839, K.1996/3048, k.t.28.5.1996, **DD.**, sy. 92, 1997, s.754

D12.D., E.1965/3686, K.1966/286, k.t.15.10.1966, **Danıştay Kararları (1965, 1966, 1967)**, Ankara 1967, s.207

D12.D., E.1970/2727, K.1971/1498, k.t.17.5.1971, **DD.**, sy. 5, 1972, s.364

D12.D., E.1996/1799, K.1997/680, k.t.24.3.1997, **DD.**, sy. 94, 1998, s.790

D12.D., E.1997/1498, K.1997/2155, k.t.13.10.1997, **DD.**, sy. 95, 1998, s.710

DDDK, E.1974/4855, K.1977/1704, k.t.4.5.1977, **DD.**, sy.29

DDDK., E.1968/41, K.1970/648, k.t.11.12.1970, **DD.**, sy. 3, 1971, s.150

DİDD., E.1998/355, K.1998/277, k.t.26.6.1998, **DD.**, sy. 98, 1999, s.68

DİDDGK, E.1993/358, K.1994/10 sayılı 21.1.1994

DİDDGK., E.1993/6, K.1994/327, k.t.17.6.1994, **DD.**, sy. 90, 1996, s.144

DİDDGK., E.1993/73, K.1994/310, k.t.10.6.1994, **DD.**, sy. 90, 1996, s.107

DİDDGK., E.1995/773, K.1996/599, k.t.6.12.1996, **DD.**, sy. 93, 1997, s.101

ДііК., Е.1996/108, К.1996/110, к.т.12.112.1996, **ДД.**, sy. 93, 1997, s.20

ДііК., Е.1996/79, К.1996/83, к.т.3.10.1996, **ДД.**, sy. 93, 1997, s.36

ÖZET

Tezde “kamu hizmeti kavramı” ve “kamu hizmetinin hukuki rejimi” ele alınmıştır.

Kamu hizmeti kavramını tanımaya yönelik, “iktisadi nesnellik olarak kamu hizmeti”, “devletin işlevleri/görevleri olarak kamu hizmeti” ve “devletin yarattığı işlevler olarak kamu hizmeti” şeklinde üç yaklaşım ortaya çıkmaktadır. Kamu hizmetleri, kapitalist üretim biçimiyle karşıtlık kurularak tanımlanmalıdır. Kamu hizmeti, devlet tarafından üretim ilişkileri alanının kurallarından belirli oranda bağışık kılınarak üstlenilen, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak faaliyet alanları olarak değerlendirilebilir.

İdare hukukundaki kullanımıyla modern çağın bir kavramı olan kamu hizmeti, devletin üstlendiği işlevler anlamında, tarihin pek çok döneminde görülmüştür. Modern kamu hizmeti kavramının doğuşu ve idare hukukunda kullanımı Fransız hukuku kökenlidir. Türk idare hukukunda ve kamu hizmeti kavramının bu hukuk dalı içindeki özgün kullanımıyla yer edinmesinde kaynak ülke Fransa olmuştur. Bu klasik modelin yanısıra güncel dönüşümde Türk hukukuna örneklik eden İngiltere ve Avrupa Birliği kamu hizmeti anlayışları önplana geçmeye başlamıştır.

“Kamu hizmetinin hukuksal” rejimi, kamu hizmetinin tüm somut görüngülerinin ayrıntılı hukuki rejimini değil, kamu hizmetinin ortak hukukunu ifade eder. Kamu hizmetine uygulanan farklı hukuki rejim, sadece idari rejimi benimseyen ülkelere özgü değildir. Özel hukuk kamu hukuku ayrımının bulunmadığı *common law* (ortak hukuk) sistemlerinde de kamu hizmetlerinin tüm vatandaşlara uygulanan ortak hukuktan farklı bir hukuki rejime ihtiyaç duyduğu kabul edilir. Kamu hizmetlerine uygulanan kamusal rejimin minimum unsurları “kamu hizmeti ilkeleri”dir. Bu ilkeler, kamu hizmeti özel kişilere gördürüldüğünde de varlıklarını sürdürürler. Kamu hizmetinin kurulmasında genel ilke, yasakoyucunun yetkili olmasıdır, ancak anayasal kamu hizmetleri, olası kamu hizmetleri, yerel kamu

hizmetleri ve anayasa yargısının rolü çeşitli istisnalar doğurabilmektedir. Devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği alanlarda, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimi yapılması, kural olarak devlet tarafından ve kamusal hukuki rejim çerçevesinde gerçekleştirilir. Ancak, bu faaliyetin hukuki rejiminin özelleştirilmesi mümkün olduğu gibi, faaliyetin yerine getirilmesi de özel kesime devredilerek özelleştirilebilir. Kamu hizmeti alanındaki, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim faaliyetinin özel kesime devredilmesinin klasik hukuki biçimleri bulunmaktadır. Klasik biçimlerin, uygulamadaki çeşitliliği kavramada karşılaştığı güçlükler pek çok hukuki sorun doğurmaktadır.

ABSTRACT

This dissertation analyses the concept and the jurisprudential regime of public service.

We can define three types of explanation as to “the public service as an economic objectivity”, “the public service as functions and duties of state”, and “the public service as functions created by state”. Public service shall be defined contrasting to capitalistic mode of production. We can consider public service as the spheres of production of goods and services that satisfy social needs, undertaken by the state exempting partially or entirely from the rules of market.

As the usage in administrative law, public service is a modern concept. However, as the functions assumed by states, in history we can easily see the concepts similar to public service. The emergence of modern concept of public service and the usage of this in administrative law as a chief explanatory element has its origins in French law. In addition, the Turkish administrative law and the original employment of the concept of public service in this discipline have also its roots in French law. Apart from this classical model, in the current tendency the public service model of European Union and England are gaining influence on Turkish law.

This jurisprudential regime of public service does not mean all particular jurisprudential consequences of all possible aspects of public services but the common law of public services. The fact that public services have the specific rules is not particular to public systems; common law systems have also the same necessity. Minimum public rules applicable all services are called “the principles of public service”. These principles are also effective when the public services are executed by individuals. Although there are major exceptions, principally the power of establishment of public services belongs to legislative. At the spheres of public services, the burden of execution of public services belongs to state; but state can give concessions to individuals. In practice, the classical types of concessions have troubles in explaining the mixed and complex situations.